Die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache.

Inaugural-Dissertation,

welche

nebst beigefügten Thesen

mit

Genehmigung der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

Mittwoch, den 3. April 1901, mittags 12½ Uhr,

in der

Aula Leopoldina der Königlichen Universität

gegen die Herren Opponenten

Gustav Sintenis,
Max Schmiedel, } Gerichtsreferendare

öffentlich vertheidigen wird

Paul Veith,
Referendar beim Königl. Amtsgericht zu Canth.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Breslau 1901.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Dem Andenken meiner Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0163

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung. § 1 7

Begriff und Wesen der Gattungsschuld. § 2 9

1. Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache durch Untergang der ganzen Gattung bis auf die zu leistende Sache. § 3 15

2. Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache durch Vereinbarung der Parteien. § 4 17

3. Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache dadurch, dass der Schuldner das seinerseits Erforderliche gethan hat 19

a) Die gemeinrechtlichen Theorieen über die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache. § 5 . . 20

b) Der Standpunkt des B.G.B. § 6 36

c) Wann hat der Schuldner das Erforderliche gethan? § 7 39

Schluss: Worin liegt die Wichtigkeit der Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache? § 8 58

§ 1.

Einleitung.

Bei jedem Schuldverhältnis muss man die beiden Fragen aufwerfen: Was wird geschuldet? und: Wodurch kann sich der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreien? Mit andern Worten: Was ist Gegenstand des Schuldverhältnisses? und: Was ist Gegenstand der Leistungspflicht? Die Antwort auf beide Fragen lautet: Eine Leistung. Diese kann sowohl in einem Thun wie in einem Unterlassen bestehen.[1]) Das Thun kann wieder eine Sachleistung oder eine sonstige Handlung, insbesondere eine Dienstleistung sein. Jede Leistung kann, bevor sie bewirkt wird, eine bestimmte oder mehr oder weniger unbestimmte sein. Im ersteren Fall liegt eine Speziesschuld vor. Gleichgiltig ist dabei, ob diese Leistung bereits bei Begründung des Schuldverhältnisses individuell bestimmt ist oder die Bestimmung erst hinterher nach dem Willen der Parteien durch eine Partei oder einen Dritten oder durch ein in der Zukunft liegendes Ereignis erfolgen soll. Immer wird nur eine bestimmte Leistung geschuldet, z. B. das Pferd, welches der Gläubiger oder der Schuldner oder ein Dritter bestimmen wird, oder das Fohlen, welches die Stute als erstes werfen wird. Grundsätzlich kann sich hier der Schuldner auch nur durch Vornahme dieser be-

[1]) § 241 B.G.B.

stimmten Leistung befreien. Ist dagegen die Leistung nicht genau bestimmt, so kann man wieder unterscheiden, ob bereits der Gegenstand des Schuldverhältnisses oder nur der Gegenstand der Leistungspflicht unbestimmt ist. Nur das letztere ist der Fall bei der Wahlschuld. Bei ihr liegt bezüglich des Gegenstandes des Schuldverhältnisses keine Unbestimmtheit vor. Es werden hier mehrere individuell bestimmte Leistungen geschuldet[1]), aber der Gegenstand der Leistungspflicht ist hier noch unbestimmt, da der Schuldner sich durch jede der geschuldeten Leistungen, unter denen er regelmässig selbst die Wahl hat[2]), befreien kann. Verwirklicht kann nun aber nur eine individuell bestimmte Leistung werden, und daher muss die Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes spätestens bis zu dem Augenblick, in welchem die Leistung erfolgt, durch irgend welche Mittel gehoben werden, mit andern Worten: die Wahlschuld muss sich auf eine bestimmte Leistung beschränken. Dasselbe ist der Fall bei der Gattungsschuld. Bei ihr ist aber bereits der Gegenstand des Schuldverhältnisses und daher erst recht der Gegenstand der Leistungspflicht keine individuell bestimmte Leistung. Es ist nun zu untersuchen, auf welche Weise bei der Gattungsschuld diese Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes zu heben ist, mit andern Worten: da die Untersuchung auf Sachleistung beschränkt werden soll, zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen sich eine Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache beschränkt. Zu diesem Zweck muss zunächst der Begriff und das Wesen der Gattungsschuld klargelegt werden.

---

[1]) So Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B., Anm. 1 zu § 262; Brinz, Pandekten, 2. Aufl., Erlangen 1879, Bd. II, § 242, 2a, S. 103; Puchta, Pandekten, 11. Aufl., Leipzig 1872, § 221, S. 342.

[2]) § 262 B.G.B.

§ 2.
Begriff und Wesen der Gattungsschuld.

Das B.G.B. giebt eine Begriffsbestimmung der Gattungsschuld im § 243, Abs. 2. Hiernach liegt eine Gattungsschuld dann vor, wenn der Gegenstand des Schuldverhältnisses die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache ist.[1]) Es fällt zunächst auf, dass das B.G.B. nur Sachleistungen erwähnt und doch können auch Handlungen, insbesondere Dienstleistungen, generell geschuldet werden[2]); man denke z. B. an den Fall, dass jemand Tafelmusik für eine Festlichkeit schuldet. Da über solche Leistungen das B.G.B. auch an anderer Stelle keine Vorschriften giebt, so müssen die Vorschriften über generische Sachleistungen analog auf sie ausgedehnt werden.[3]) Im Folgenden soll nur die Leistung einer generisch bestimmten Sache ins Auge gefasst werden.

Diese Sache kann sowohl eine bewegliche wie eine unbewegliche sein, es kann ebenso gut ein Pferd wie ein Haus oder ein Bauplatz geschuldet werden. Häufiger wird allerdings die Gattungsschuld bei beweglichen Sachen vorkommen und diese werden meist vertretbare sein, doch ist dies durchaus nicht nötig, es können vielmehr auch andere, sonst nicht als vertretbar behandelte Sachen, z. B. Pferde, generisch geschuldet werden.[4]) Sie verlieren in

---

[1]) Vgl. Motive zum B.G.B., Bd. II, S. 11; ebenso Brinz a. a. O. § 242, 2b, und Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Erlangen 1868, § 61, Anm. 29.

Das B.G.B. hat also die Ansicht Iherings, dass bei der Gattungsschuld das Ganze genus in obligatione ist, verworfen. Vgl. Hölder, Kommentar zum B.G.B., bearbeitet von Hölder, Schollmeyer, Fischer, Heymann, Schmidt, Habicht, Schultze; München 1900, Anm. 3 zu § 243.

[2]) Motive II, S. 10.

[3]) Fischer-Henle a. a. O., Anm. 2 zu § 243. Berndorff, Die Gattungsschuld, S. 7.

[4]) So Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1898, § 84, No. 3 (S. 295); Dernburg, Preuss. Privatrecht,

diesem Fall ihre Individualität und kommen nur als Angehörige ihrer Gattung in Betracht.

Wenn man von einer Gattung von Sachen spricht, so versteht man darunter eine — eine grössere Menge von einzelnen Individuen umfassende — Gesamtheit, wobei alle Individuen gewisse Merkmale gemeinsam haben und sich als Gesamtheit scharf von allen andern Sachen unterscheiden. Eine Gattung ist z. B. Weizen, Pferd, Hammel. Unter die Gattung fallen wieder eine Reihe von Arten, z. B. gelber und weisser Weizen, Reitpferd, Wagenpferd, Ackerpferd. Die Arten können wieder weiter eingeteilt werden nach Güte, Herkunft, Farbe oder sonstigen immer mehr ins einzelne gehenden Merkmalen. Immer aber muss auch der engste Kreis, der auf diese Weise gezogen wird, eine Mehrzahl von Individuen umfassen und zwar alle umfassen, welche die bestimmten Merkmale, nach denen der Kreis gezogen wird, an sich tragen, und auch der engste Kreis muss sich noch von den andern unter demselben höheren Begriff stehenden Kreisen scharf unterscheiden. Je mehr Merkmale die einzelnen Sachen gemeinsam haben, einem um so engeren Kreis gehören sie an, und hierin allein liegt der Unterschied zwischen dem Oberbegriff »Gattung« und den Unterbegriffen »Art«, »Güte«, »Sorte« u. s. w.

Diese Definition zeigt, dass nicht der Ihering'schen Ansicht von der Gattung zuzustimmen ist. Ihering sagt[1]): »Der Begriff des Genus ist ein ganz elastischer Begriff.« Nach seiner Meinung[2]) bildet z. B. das Fass Wein, aus dem ein Ohm geschuldet wird, die Gattung für dies Ohm. Meines Erachtens ist eine derartige Ausdehnung des Be-

Halle 1875/78, II, § 28, S. 59; Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1. u. 2. Aufl., Halle 1899, II, 1, § 11, I; Planck, Kommentar zum B G.B., 1. u. 2. Aufl., Berlin 1900, Anm. 1 zu § 243; Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. IV, S. 405; Goldschmidt a. a. O., § 61, S. 22, 23.

[1]) Ihering a. a. O., S. 405.

[2]) Ebenso Bekker in den Jahrbüchern des gemeinen deutschen Rechts, Bd. V, S. 365.

griffs »Gattung« nicht statthaft.[1]) Namentlich spricht jetzt der klare Wortlaut des § 243, Abs. 1, dagegen. Denn indem das B.G.B. in diesem Paragraphen bestimmt, dass, wenn jemand eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, er eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten hat, giebt es zugleich zu erkennen, dass es auch den Begriff »Gattung« als einen weiteren Begriff auffasst, unter den sich verschiedene Arten und Sorten unterbringen lassen. Wie könnte man bei einem Fass Wein von Ohmen verschiedener Art und Güte sprechen! Man denke ferner an die Konsequenzen, zu denen die Ihering'sche Ansicht führen würde. Nach ihm würde, wenn dies Fass zufällig zu Grunde gegangen und damit die Leistung unmöglich geworden ist, der Weinhändler, wenigstens wenn man annimmt, dass der Satz »genus perire non censetur« im Falle des Unterganges der ganzen Gattung nicht gilt, von seiner Leistung frei, auch wenn er noch genau denselben Wein in einem andern Fasse hätte. Dies wird wohl in der Regel nicht im Willen der Parteien bei Begründung des Schuldverhältnisses gelegen haben. Grundsätzlich also kann man das Fass Wein nicht als Gattung auffassen. Dies hindert aber nicht, dass durch Parteiabrede das Fass Wein als Gattung gelten soll. Dann liegt keine reine Gattungsschuld mehr vor, sondern eine sogenannte »beschränkt generische«.[2]) Hier ist es wohl erklärlich, dass der Weinhändler, wenn das Fass, aus dem ein Ohm geschuldet wird, zufällig zu Grunde gegangen ist, frei wird. Hier liegt es aber auch in der Absicht des Gläubigers, nur aus diesem Fass ein Ohm zu erhalten.

---

[1]) So Dernburg, Das bürgerliche Recht, II, 1, § 11, II; Dernburg, Preuss. Privatrecht, II, § 28, S. 59; Brinz a. a. O. II, 1, S. 101; Entsch. des R.O.H.G., Bd XXI, S. 74.

[2]) Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, Erlangen 1884, Bd. II, S. 324 ff., will den Ausdruck „beschränkt generische Obligation" nicht angewendet wissen, da er irreführend sei. Was man hier genus nenne, sei nichts anderes als die sonst wohlbekannte universitas rerum distantium.

Bei dem oben angeführten Fall der beschränkt generischen Obligation wurde ein gewisses Quantum aus einem grösseren Vorrat geschuldet, wobei die geschuldete Quantität vollständig dieselben Eigenschaften hatte wie alle übrigen in demselben Vorrat enthaltenen Qantitäten.

Wird nun ein Individuum aus einem mehrere verschiedene Individuen umfassenden Vorrat geschuldet, so liegt ebenfalls keine reine Gattungsschuld sondern eine beschränkt generische vor. Ein Beispiel hierfür bietet der Fall, dass jemand einen Hammel aus einer Herde schuldet. Die Herde des Schuldners kann hier nicht als Gattung aufgefasst werden, da sie sich nicht als Gesamtheit scharf von allen andern Sachen unterscheidet; es kann z. B. ein andrer Gutsbesitzer eine vollständig gleichartige Hammelherde haben. Als »Gattung« wäre sie nur zu betrachten, wenn sie die einzige Herde dieser Art wäre, z. B. einem berühmten Züchter gehörte, der allein derartige Hammel züchtet.[1]) Zwar kann auch sonst der Wille der Parteien dahin gehen, wie oben das Fass Wein, so hier jede beliebige Herde als Gattung gelten zu lassen,[2]) wenn es dem Gläubiger nur darauf ankommt, ein Stück dieser Herde zu erhalten,[3]) weit häufiger aber wird der Wille der Parteien hier auf die einzelnen Stücke der Herde gerichtet sein, da die Hammel in der Regel einander nicht vollständig gleichen werden. Einen derartigen Fall wird man also eher zur Wahlschuld als zur Gattungsschuld stellen müssen. Eine reine Wahlschuld liegt dagegen auch nicht vor, denn es wird nicht der Hammel A oder B oder C u. s. w. geschuldet, sondern ein Hammel aus der Herde.

---

[1]) So Goldschmidt a. a. O., § 61, Anm. 6.

[2]) So Planck a. a. O., Anm. 2 zu § 243; Hölder a. a. O., Anm. 2 zu § 243, der diesen Fall entweder zur Gattungsschuld oder zur Wahlschuld rechnet.

[3]) So Entsch. des R.O.H.G., Bd. XXIV, S. 31; a. M. Zimmermann in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. XIX, S. 408.

Es sind damit zwei Fälle der gemischt oder beschränkt generischen Obligation angeführt, von denen der eine sich der Gattungsschuld, der andre der Wahlschuld nähert, ohne indes direkt zu einer von beiden zu gehören. Die gemischt generische Obligation steht also in der Mitte zwischen beiden[1]) und da das B.G.B. keine besondere Regelung für sie giebt, muss man sie notgedrungen unter eine von beiden unterordnen, hierbei aber kommt es auf den einzelnen Fall an, zu welcher von beiden man sie zu stellen hat. Hat es im Willen der Parteien gelegen, dass der Gläubiger nur ein bestimmtes Quantum eines bestimmten Vorrats erhalten soll, wollten also die Parteien den Vorrat gewissermassen als Gattung gelten lassen, so ist die beschränkt generische Obligation nach Art der Gattungsschuld zu behandeln, während sie den Vorschriften der Wahlschuld zu unterwerfen ist, wenn die Parteien Wert auf die einzelnen Individuen legen.[2]) Eine reine Wahlschuld liegt vor, wenn das geschuldete Individuum lediglich durch seine Zugehörigkeit zu andern Individuen ohne Rücksicht auf besondere allen diesen Individuen zukommende Merkmale bestimmt ist, wenn z. B. jemand eins von seinen drei Pferden schuldet. Hier kann man auf keinen Fall eine Gattungsschuld oder eine beschränkt generische Schuld annehmen. Sonderbar ist es, wenn Ihering[3]) eine alternativ legierte Spezies für den Fall annimmt, dass der

[1]) So Goldschmidt Zeitschrift, Bd. III, S. 302. Goldschmidt versteht unter emtio ad mensuram auch den Fall, dass ein noch unausgeschiedener und nur quantitativ bestimmter Teil einer species verkauft wird. Dernburg, Preuss. Privatrecht II, S. 59, Anm. 3.

[2]) So Motive II, S. 11, Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1899, § 75, 2. A., S. 307; Bunsen, Einführung in das B.G.B., 1. Aufl., Rostock 1896/97, S. 142; Landé, Das B.G.B., Anm. 3 zu § 243; A. M. Goldmann-Lilienthal, Das B.G.B., Berlin 1897, S. 142; Oertmann, Kommentar zum B.G.B., Berlin 1899, Anm. 1 zu § 243, der aus dem „nur" in § 243 B.G.B. schliesst, dass in den Fällen der beschränkt generischen Obligation die Vorschriften über Wahlschuld zur Anwendung kommen.

[3]) a. a. O., Seite 406.

Testator in der Weise legiert: Ich legiere das Pferd A, B oder C, während er eine Gattung als legiert betrachtet, wenn der Testator legiert: Ich legiere eins von meinen Pferden. Auf den Wortlaut kann es doch nicht ankommen,[1]) vielmehr ist bei der Auslegung aller Willenserklärungen der wahre Sinn zu erforschen und dieser geht offenbar hier dahin, dass der Vermächtnisnehmer unter den einzelnen Pferden des Erblassers sich eins auswählen soll, mag der Testator nun sagen: Ich legiere das Perd A, B oder C, oder: Ich legiere eins von meinen Pferden.

Um das Gesagte noch einmal deutlich hervorzuheben, sollen folgende Beispiele angeführt werden:

Schuldet jemand ein Pferd, so liegt eine reine Gattungsschuld vor, schuldet er ein Ohm aus einem Fass Wein, so liegt eine der Gattungsschuld gleich zu behandelnde beschränkt generische Schuld vor, schuldet er ein Pferd aus seinem Bestande, so liegt eine in der Regel der Wahlschuld gleich zu behandelnde beschränkt generische Schuld vor, schuldet er eins von seinen drei Pferden, so liegt eine reine Wahlschuld vor.[2])

Es ist damit gezeigt, was man unter einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versteht und so festgestellt, was Gegenstand des Schuldverhältnisses bei der Gattungsschuld ist. Der zweite Halbsatz des § 243 Abs. 1 giebt eine Bestimmung über den Gegenstand der Leistungspflicht. Er bestimmt, dass der Schuldner bei der Gattungsschuld eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten hat. Das B.G.B. hat damit die Bestimmung des A.D.H.G.B. von 1861,[3]) des A.L.R.,[4]) des code civil[5]) und andrer neuerer

[1]) So Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1887, II, § 255, Anm. 17.

[2]) Vgl. Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht, Berlin 1899, S. 178, Anm.

[3]) a. 335.

[4]) I, 5, § 275.

[5]) a. 1246.

Gesetzgebungen aufgenommen, und den gemeinrechtlichen Grundsatz, wonach der Schuldner auch Sachen der geringsten Art und Güte leisten darf, verworfen. Diese Vorschrift gilt natürlich nur dispositiv, es bleibt den Parteien unbenommen, sich auf eine bestimmte Art und Güte zu einigen. Immer aber ist der Leistungsgegenstand keine individuell bestimmte Sache, sondern sie ist nur gekennzeichnet durch ihre Zugehörigkeit zu einer grösseren Masse, welche entweder die mittlere Art und Güte oder die von den Parteien vereinbarte ist.

Da aber, wie bereits oben[1]) erwähnt, nur eine individuell bestimmte Sache geleistet werden kann, muss sich die Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache beschränken.

Dies geschieht dadurch, dass

1. die ganze Gattung bis auf die zu leistende Sache untergeht oder
2. durch Parteivereinbarung die Gattungsschuld in eine Speziesschuld verwandelt wird oder
3. der Schuldner das seinerseits Erforderliche zur Leistung einer Sache thut, welche den an sie als Gegenstand der Leistungspflicht bei einer Gattungsschuld gestellten Ansprüchen genügt.

§ 3.

1. Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache durch Untergang der ganzen Gattung bis auf die zu leistende Sache.

Der § 279 B.G.B. sagt, dass der Schuldner so lange zu leisten hat, als noch die Leistung aus der Gattung möglich ist, gleichviel, ob sie ihm persönlich unmöglich geworden ist.[2]) Daraus folgt, dass, wenn nur noch so

[1]) Vgl. oben S. 8.

[2]) Wie der § 279 aufzufassen ist, darüber gehen die Ansichten sehr auseinander. Die einen verlangen zur Befreiung des Schuldners vollständigen Untergang der ganzen Gattung. So Endemann, Einführ. i. d. Studium d. B.G.B., 6. Aufl., Berlin 1899, I, § 127, S. 554, 555; Hölder

viel von der Gattung übrig ist, als der Schuldner zu leisten hat, sich die Gattungsschuld auf diesen bestimmten zur Leistung noch hinreichenden Rest beschränkt.[1]) Ganz gleichgültig ist dabei, ob den Schuldner oder den Gläubiger ein Verschulden an dem Untergang des übrigen Teils der Gattung trifft.[2]) Denn der § 279 sagt, der Schuldner hat sein Unvermögen zur Leistung auch zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Darin liegt einmal, dass der Schuldner erst recht den Rest zu leisten hat, wenn ihn eine Schuld trifft, dann aber, dass er auch zu leisten hat, wenn der Untergang des übrigen Teils der Gattung durch Zufall oder durch Schuld des Gläubigers eingetreten ist. In diesem letzten Fall kann der Schuldner, wenn die zu leistende Sache besser als die verabredete bezw. mittlere Art und Güte ist, gegen den Gläubiger nur einen Anspruch aus § 812 B.G.B. auf Herausgabe der Differenz zwischen der mittleren bezw. verabredeten und der geleisteten Art und Güte geltend machen, aber jedenfalls muss er die übrig gebliebene Sache leisten.[3])

---

a a. O., Anm. zu § 279; Cosack, a. a. O., § 98, II 1 b, S. 333, 334. Die andern vermeiden die hierin für den Schuldner liegende Härte. So Oertmann, Kommentar zum B.G.B., Anm. zu § 279; Oertmann, im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. XII, S. 284; Goldmann und Lilienthal, a. a. O., S. 164, 165, der den § 279 nur als den Satz „genus perire non censetur" auffasst und daher den Schuldner zunächst dann frei werden lässt, wenn die Leistung aus der Gattung unmöglich wird, ferner aber auch dann, wenn dem Schuldner wegen eines in seiner Person liegenden Umstandes, z. B. Krankheit, die Leistung subjektiv unmöglich wird. Ebenso Dernburg, Pandekten, 5. Aufl., Berlin 1897, II, § 25, Note 7; Dernburg, Das bürgerl. Recht, Bd. II, § 62, S. 133; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B., S. 24.

[1]) Die Frage wird wohl bei der reinen Gattungsschuld nur sehr selten aktuell werden, dagegen kann sie bei einer der Gattungsschuld gleich zu behandelnden beschränkt generischen Schuld leicht in Betracht kommen.

[2]) So Hölder, a. a. O., Anm. 4 zu § 243.

[3]) So Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, II, S. 324. Dagegen Windscheid, a. a. O., II, § 255, S. 25: „Durch eine solche Unmöglichkeit concentriert die Obligation sich nicht auf den einen

§ 4.

2. Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache durch Vereinbarung der Parteien.

In diesem Fall kann man eigentlich von einer Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache gar nicht reden. Es wird vielmehr an die Stelle der ursprünglich vorhanden gewesenen Gattungsschuld eine Speziesschuld gesetzt, also das ganze Schuldverhältnis umgewandelt.[1]) Gleichwohl aber muss dieser Fall hier auch behandelt werden, da zuerst eine Gattungsschuld vorgelegen hat und der Schuldner von einem bestimmten Zeitpunkt an eine bestimmte Sache zu leisten hat. Man hat sich den Vorgang in der Weise zu denken, dass der Schuldner einer Gattungssache dem Gläubiger eine bestimmte der verabredeten bezw. mittleren Art und Güte angehörige Sache anbietet und der Gläubiger diese Offerte annimmt.[2]) Die Annahme muss ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung erklärt werden. Dass blosses Schweigen niemals als Annahmeerklärung gelten kann[3]), ergiebt sich hier noch besonders daraus, dass es

möglich gebliebenen Leistungsinhalt in seiner konkreten Individualität. Derselbe bleibt Gegenstand der Obligation als Ding gewisser Art." Gegen diese Ansicht macht wieder Bechmann geltend, dass die innere Begründung und die Quellenbeweise für sie fehlen. Ebenso Brinz, a. a. O., II, S. 113: „Zwar wo kein Wahlrecht besteht wie beim beschränkt generellen Quantitätenkauf, ist ohne Weiteres nunmehr das Übrige zu leisten, wenn alles andere untergegangen ist." Wie unten ausgeführt werden wird, besteht überhaupt bei der Gattungsschuld kein Wahlrecht. Somit kann diese Stelle für unsere oben ausgeführte Ansicht ebenfalls zur Unterstützung herangezogen werden. Etwas Ähnliches sagt auch Endemann in seinem Handbuch des Handelsrecht, Leipzig 1882, Bd. II, S. 642, Anm. 21.

[1]) So Ihering, a. a. O., S. 396; Hölder, a. a. O., Anm. 6 d zu § 243, S. 14; Matthiass, a. a. O., § 74, I D 2, S. 305; Dernburg, Das bürgerl. Recht, II, 1, § 12 I, Windscheid, a. a. O., II, § 255, Anm. 20.

[2]) Hölder, a. a. O., Anm. 5a zu § 243.

[3]) Engelmann, a. a. O., S. 102.

sich in diesem Fall um eine vollständige Änderung eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses und Aufgabe wohl begründeter Rechte handelt, insofern der Gläubiger vom Augenblick der Annahme der Offerte nicht mehr irgend eine Sache der bestimmten Art und Güte, sondern nur noch die angebotene Sache fordern darf. Dazu muss man aber eine positive Äusserung des Willens seitens des Gläubigers verlangen. Der Schuldner würde sonst einen zu grossen Vorteil gegenüber einem vergesslichen Gläubiger, der eine derartige Offerte abzulehnen vergisst, haben, da er ja nunmehr nur die angebotene Sache zu leisten hätte, selbst wenn diese unter mittlerer Art und Güte stände. Eine exceptio doli aus § 242 B.G.B. wird hier unter Umständen auch nicht viel helfen, da der Schuldner ja in dem Glauben gehandelt haben kann, die angebotene Sache entspräche der verabredeten bezw. mittleren Art und Güte. Andererseits muss die ausdrückliche Erklärung der Annahme oder die Nachricht von der durch schlüssige Handlung erfolgten Annahme dem Schuldner zugehen. Die Anwendung des § 151 B.G.B. wird hier wohl stets ausgeschlossen sein. Denn der Verkehrssitte entspricht es hier nicht, keine Annahmeerklärung zu verlangen, da die Annahme der angebotenen Sache hier gar nicht so selbstverständlich ist, vielmehr der Gläubiger sie zurückweisen kann, wenn sie nicht von der entsprechenden Art und Güte ist. Auf Abgabe einer Willenserklärung verzichten wird der Schuldner hier auch kaum. Es liegt hier sehr in seinem Interesse zu wissen, ob der Gläubiger die angebotene Sache als Leistung gelten lassen will oder nicht, da er im ersteren Fall von nun an nicht mehr eine andere Sache derselben Art und Güte leisten darf und im letzteren Fall eine neue Sache zur Erfüllung seiner Leistungspflicht anbieten muss.

Die oben entwickelten Grundsätze lassen sich am besten an einem Beispiel klar machen.

Jemand schliesst mit einem Pferdehändler einen Kauf ab auf Leistung eines Vollblutreitpferdes zum Preise von

1500 *M*. Einige Zeit nach Abschluss des Kaufvertrages schreibt der Pferdehändler an den Käufer, er habe unter seinem Pferdebestand die Vollblutstute »Alma«. Dieselbe sei 7 Jahre alt, vollständig zugeritten, habe vornehmes Exterieur u. s. w. und fragt an, ob der Käufer diese Stute haben wolle. Schweigt hierauf der Käufer, so kann dies unmöglich als bindende Annahmeerklärung gelten, selbst wenn der Pferdehändler ihm geschrieben hätte, er betrachte Stillschweigen als Annahmeerklärung. Will er aber die Stute als Leistungsgegenstand annehmen, so muss er dies dem Pferdehändler mitteilen, und falls er durch schlüssige Handlung z. B. dadurch, dass er die Stute seinem Sohn zum Geschenk macht, seine Annahme erklärt, so muss die Nachricht von dieser schlüssigen Handlung dem Pferdehändler zugehen. Nur auf diese Weise kommt eine Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache zustande oder richtiger tritt an Stelle der ursprünglichen Gattungsschuld eine Speziesschuld.

3. Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache dadurch, dass der Schuldner das seinerseits Erforderliche gethan hat.

Während der erste Fall der Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache von selbst oder wenigstens ohne eine hierauf gerichtete Handlung eintrat und der zweite Fall genau genommen gar nicht eine Beschränkung einer Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache enthielt, ist jetzt der Hauptfall zu behandeln, nämlich die Beschränkung der Gattungsschuld durch eine hierauf gerichtete Handlung des Schuldners.

Im gemeinen Recht bildete die Concentration der Gattungsschuld eine berühmte Streitfrage und sei es daher gestattet, da das B.G.B. eine der gemeinrechtlichen Theorieen unverändert aufgenommen hat, zunächst auf diese Theorieen etwas näher einzugehen.

§ 5.

a) Die gemeinrechtlichen Theorieen über die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache.

Die gemeinrechtlichen Theorieen sind am Kauf entwickelt worden, doch steht nichts im Wege, dieselben auch auf andere Obligationen, die eine Gattungsschuld zum Gegenstand haben, auszudehnen,[1]) da bei allen Theorieen nur das Gewicht darauf gelegt wird, in welcher Weise die Spezies aus dem Genus herzustellen ist. Diese Frage fällt mit der Frage zusammen, wann die Gefahr der gekauften Sache auf den Käufer übergeht.[2]) Denn da beim unbedingten Kauf einer bereits beim Abschluss des Kaufvertrages individuell bestimmten Sache zu bestimmtem Preis vom Abschluss an der Käufer, beim Genuskauf aber zunächst noch der Verkäufer die Gefahr trägt, so muss sich, wenn beim Gattungskauf die Gefahr auf den Käufer übergeht, in diesem Augenblick der Gattungskauf in einen Spezieskauf verwandelt haben. Im übrigen aber entspricht es auch der Billigkeit, dass der Käufer von dem Augenblick an, wo er die Gefahr trägt, auch ein unabänderliches Recht auf die gekaufte Sache haben muss.[3])

Der Grund für die verschiedenen Theorieen ist der, dass die Quellen über diese Frage wenig zahlreich sind und ausserdem auch der Deutlichkeit sehr ermangeln, so dass die meisten für verschiedene Theorieen als Beweismittel herangezogen werden.

Man kann die Reihe der Theorieen in zwei Gruppen teilen. Die eine nimmt an, dass in einem bestimmten Zeitpunkt vor der Leistung der verkauften Sache der Gattungskauf sich in einen Spezieskauf verwandle, die andere erkennt eine derartige Verwandlung nicht an, da sie die

[1]) Bekker, a a. O., S. 362.

[2]) Regelsberger, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. IL, S. 195.

[3]) Hofmann, Über das periculum beim Kauf, S. 126.

Umwandlung erst in den Augenblick der Erfüllung setzt. Nur bei der ersten Gruppe kann man von einem Gefahrübergang sprechen, bei der zweiten Gruppe ist dies gar nicht möglich, da regelmässig in dem Augenblick, in dem die Gefahr übergehen sollte, die Schuld überhaupt erlischt. Die sämtlichen Theorieen der ersten Gruppe kann man unter dem Namen der Ausscheidungstheorie zusammenfassen[1]), die zweite Gruppe bildet die Ihering'sche Lieferungs- oder Erfüllungstheorie. Ihr schliesst sich im wesentlichen Bekker mit seiner Individualisierungstheorie an, da die Fälle, in denen Bekker eine Verwandlung des Gattungskaufs in einen Spezieskauf vor der Leistung annimmt, nicht unmittelbar aus dem Wesen des Gattungskaufs folgen, sondern durch andere Momente herbeigeführt werden.

Zu der ersten Gruppe gehört zunächst die Heyer'sche Theorie.

Heyer[2]) lässt die Gefahr, abgesehen von besonderen Handelsgebräuchen oder Verabredungen der Parteien mit der einseitigen Ausscheidung der Spezies aus dem Genus übergehen.[3]) Diese Auffassung wird sowohl durch die Quellen deutlich widerlegt[4]), als auch, würde sie ins praktische Leben übertragen, zu grossen Härten und Ungerechtigkeiten führen. Beispielsweise müsste der Gast die Flasche Wein, die der Kellner aus dem Weinvorrat herausgenommen (also einseitig ausgeschieden) hat, auch dann bezahlen, wenn die Flasche auf dem Wege zum Platz des Gastes durch Zufall zerbricht.

---

[1]) Thöl, Das Handelsrecht, 6. Aufl., Leipzig 1879, Bd. I, S. 851.

[2]) Heyer in Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Neue Folge, Bd. XV, S. 26 ff.

[3]) Derselben Ansicht Fick im Archiv für Wechselrecht, Bd. VIII, S. 95, 96.

[4]) l. 2 cod. de periculo et comm. (4, 48). Hier ist deutlich von einem „tradere" die Rede. Eine einseitige Ausscheidung kann niemals ein „tradere" genannt werden.

Der zweite Vertreter der Ausscheidungstheorie ist Regelsberger.[1]) Er unterscheidet, ob der Käufer oder der Verkäufer die Wahl hat.

Im Folgenden soll zunächst kurz die allerdings mehr logische als juristische Frage berührt werden, ob nicht bei der Gattungsschuld eine Wahl des Gläubigers, Schuldners oder eines Dritten überhaupt unmöglich ist und aus welchem Grunde Regelsberger trotzdem von einem Wahlrecht des Käufers und des Verkäufers reden kann.

Wählen kann man nur, wenn man eine begrenzte Anzahl nicht völlig gleichartiger Dinge vor sich hat. Da bei einer reinen Gattungsschuld der Schuldner nur verpflichtet ist, irgend ein Stück, welches der betreffenden Gattung angehört, zu leisten, der Vorrat, aus dem das zu leistende Stück entnommen werden soll, also ganz »unübersehbar« ist, kann es hier ein Wahlrecht des Gläubigers, Schuldners oder eines Dritten nicht geben. Dasselbe gilt von einer beschränkt generischen Schuld, bei der die einzelnen Stücke vollständig gleichartig sind. Hier ist zwar der Vorrat »übersehbar«, die Wahl aber wegen der Gleichartigkeit sämtlicher Stücke ausgeschlossen. Wie sollte der Schuldner unter den in einem Sack befindlichen Pfunden Mehl eins — im streng wörtlichen Sinne des Wortes — auswählen?

Was bei dieser Art der beschränkt generischen Obligation und bei der reinen Gattungsschuld Wahl genannt wird, ist keine bewusste Willensentschliessung als Produkt einer Überlegung, bei welcher der Wähler die Vorzüge und Nachteile der einzelnen Stücke genau erwogen hat, sondern mehr ein blosses Herausgreifen eines Stückes aus der Gattung oder aus dem begrenzten Vorrat gleichartiger Stücke.

Gleichwohl bezeichnet ein nicht ganz korrekter Sprachgebrauch dies blosse Herausgreifen als »wählen«. Das Recht zu diesem Herausgreifen, das seinen Grund in der

[1]) Regelsberger a. a. O., Seite 206 ff.

Absicht hat, die Leistung vorzubereiten, oder das man vielleicht auch bereits als Anfang der Leistung auffassen kann, steht nur dem Schuldner zu, da nur er das Recht und allerdings auch die Pflicht hat zu leisten. Von dem Schuldner wird man also allenfalls sagen können, er habe ein Wahlrecht, wenn man sich dabei immer bewusst bleibt, dass dies Wort nicht ganz richtig gebraucht ist. Dagegen wird man niemals bei einer reinen Gattungsschuld oder bei einer beschränkt generischen Obligation, bei der alle Stücke des Vorrats gleichartig sind, dem Gläubiger oder einem Dritten ein Recht geben können, den Gegenstand zu bestimmen, den er geleistet haben will. Wo bei derartigen Obligationen der Gläubiger ein solches Bestimmungsrecht hat, da ist unter dem Mantel der Gattungsschuld oder der beschränkt generischen Schuld in Wahrheit entweder eine bedingte Speziesschuld oder eine Speziesschuld mit vorläufig noch unbestimmtem Leistungsgegenstand verborgen, bei welcher die Unbestimmtheit nach Begründung des Schuldverhältnisses durch einseitige Handlung des Gläubigers oder eines Dritten gehoben werden soll.[1])

Beispiele für solche Schuldverhältnisse wären folgende:

Jemand schliesst ganz allgemein mit einem Pferdehändler einen Kaufvertrag über Lieferung eines Reitpferdes ab, will aber nur gebunden sein, wenn er selbst das zu leistende Pferd bestimmen kann. Der Pferdehändler führt dem Käufer wiederholt Pferde vor, gefällt ihm eins von diesen und bestimmt er es als Leistungsgegenstand, so ist die Bedingung eingetreten und der Kauf perfekt; thut er es nicht, so ist die Bedingung nicht eingetreten und damit der Kauf hinfällig geworden.

Keineswegs kann man hier annehmen, der Käufer habe ein beliebiges Reitpferd, also eine Gattungssache, kaufen wollen und daher liege ein Gattungskauf vor, sondern der Kaufvertrag hat von Anfang an dasjenige Reitpferd zum

[1]) Stintzing in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. X, S. 180, 181.

Gegenstand gehabt, welches der Käufer bestimmen wird. Als eine beschränkt generische Obligation kann man diesen Fall auch nicht ansehen, da sich der Käufer nicht verpflichtet hat, aus dem Bestande des Händlers ein Pferd zu nehmen. Noch weniger kann man hier eine Wahlschuld als vorliegend erachten, da der Vorrat, aus dem das Reitpferd entnommen werden soll, ganz unbegrenzt ist.

Ebenfalls weder eine Gattungsschuld noch eine beschränkt generische noch endlich eine Wahlschuld liegt vor, wenn der Käufer mit dem Händler einen bindenden Kaufvertrag über ein Reitpferd abschliesst, sich aber vorbehält, das Tier, das ihm geliefert werden soll, selbst zu bestimmen. Denn der Fall ist hier ein dem ersten ganz gleicher bis auf die Abweichung, dass der Kaufvertrag nicht durch die Vornahme der Bestimmung seitens des Käufers bedingt, sondern gleich mit dem Abschluss bindend ist und daher der Käufer, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, in Verzug zu kommen, die Bestimmung vorzunehmen verpflichtet ist.

Wie kommt es nun, dass Regelsberger trotz dieser Ausführungen ein wirkliches Wahlrecht des Käufers bei dem Gattungskauf kennt?

Der Grund dafür ist der, dass er einen Gattungskauf auch immer dann als vorliegend annimmt, wenn das Genus »ein räumlich abgegrenztes Ganze von Waren« ist.[1]) Da dies sehr wohl auch aus ungleichartigen Stücken bestehen kann, ist eine Wahl im eigentlichen Sinne möglich. Es fragt sich nur, ob man diesen Fall der gemischt generischen Obligation noch zur Gattungsschuld stellen darf. Oben[2]) wurde die Ansicht vertreten, dass eine gemischt generische Obligation, bei der die einzelnen Stücke des Vorrats verschieden sind, in der Regel die Natur der Wahlschuld hat und dieser Ansicht entsprechend, dürfte es sich erübrigen, auf die Theorie, die Regelsberger über die Beschränkung

[1]) Regelsberger a. a. O., S. 185.
[2]) Vgl. oben S. 12.

der Gattungsschuld für den Fall aufstellt, dass der Gläubiger das Wahlrecht hat, näher einzugehen. Dagegen ist der zweite Fall, bei dem der Schuldner, also, da die Theorie beim Gattungskauf entwickelt ist, der Verkäufer, das Wahlrecht hat, zu behandeln. Denn das von Regelsberger »Wahlrecht« genannte Recht des Verkäufers ist jenes oben[1]) erwähnte Recht des Herausgreifens eines Stückes der Gattung zum Zweck der Leistung.

In diesem zweiten Fall unterscheidet Regelsberger wieder die beiden Fälle, dass der Käufer bei der Ausscheidung zugegen sein soll oder nicht. Ist er, obgleich er zugegen sein soll, nicht zugegen, so soll die Konzentration erst mit der Tradition eintreten. Hierin ist Regelsberger vollständig beizustimmen. Es entspricht dies, wie unten bei der Besprechung der Ihering'schen Theorie näher nachgewiesen werden wird, den Quellen ebenso wie dem praktischen Bedürfnis. Andererseits ist zu leugnen, dass, wenn der Käufer bei der Ausscheidung gegenwärtig ist, die Ausscheidung in seiner Gegenwart genügt, um die Beschränkung herbeizuführen. Eine derartige Ausscheidung, bei welcher der Käufer gar nicht handelnd eingreifen darf, kann keine andere Wirkung haben wie eine rein einseitige Ausscheidung.

Ist die Gegenwart des Käufers bei der Ausscheidung nicht erforderlich, wie regelmässig bei dem Distanzekauf, so genügt nach Regelsbergers Ansicht entweder einseitige Ausscheidung und Anzeige oder einseitige Ausscheidung und Übergabe an den Spediteur.

Die erste Ansicht ist bereits in den Gegenausführungen wider die Heyer'sche Theorie mit widerlegt. Die Anzeige kann keine besonderen Wirkungen haben, da sie eine ebenso einseitige Handlung ist wie die blosse Heyer'sche Ausscheidung. Dass durch einseitige Ausscheidung und Übergabe an den Spediteur die Konzentration erfolgt, muss

[1]) Vgl. oben S. 22, 23.

man, obgleich Beläge hierfür in den Quellen fehlen[1]), trotzdem annehmen, da doch der Verkäufer regelmässig nicht verpflichtet ist, die Waren selbst dem Käufer hinzubringen und demgemäss für die Frage der Konzentration die Übergabe an den Frachtführer der Tradition an den Käufer gleichzusetzen ist.

Dieser Fall wird ebenfalls bei der Ihering'schen Theorie noch eingehender zu behandeln sein.

Ein dritter Vertreter der Ausscheidungstheorie ist Thöl.[2]) Nach ihm erfolgt die Konzentration mit der Tradition oder durch Ausscheidung mit Wissen des Gläubigers, also entweder durch Ausscheiden in seiner Gegenwart oder bei einem Kauf unter Abwesenden durch Ausscheiden und so genaue Benachrichtigung, »dass der Käufer seine Gedanken auf die so ausgeschiedene Spezies hat richten können«. Zunächst ist nicht zu leugnen, dass diese beiden eben erwähnten Fälle einander gleichstehen. Es ist vollständig gleichgiltig, ob man etwas aus eigner Anschauung weiss oder durch eine so deutliche Benachrichtigung, »dass man ganz genau seine Gedanken auf die betreffende Spezies richten kann«. Nur darf mit der Ausscheidung in Gegenwart des Käufers nicht zugleich eine Tradition verbunden sein. Dass mit der Tradition die Konzentration eintritt, ist wohl selbstverständlich. Die Richtigkeit der zweiten Ansicht Thöls aber wird bestritten.

Thöl stützt sich bei seiner Theorie auf l. 8 pr. Dig. de periculo et commodo rei venditae (18, 6)[3]) und auf l. 35 § 5—7 Dig. de contrah. empt. (18, 1)[4]) und deduziert folgendermassen:

---

[1]) Es findet sich überhaupt nirgends in den Quellen eine Stelle, welche von dem Einfluss der Zusendung auf das Tragen der Gefahr handelt; vgl. Regelsberger a. a. O., S. 201.

[2]) Thöl, a. a. O. Bd. I, § 264, S. 859 ff. Ihm schliesst sich an v. Vangerow, Pandekten, 7. Aufl., Marburg u. Leipzig 1869, Bd. III, § 635, S. 433, und Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 3. Aufl., Leipzig 1868, Bd. II, § 116, Note 5, S. 604.

[3]) Thöl a. a. O., S. 855.

[4]) Thöl a. a. O., S. 861, Note 8.

l. 8 pr. Dig. 18, 6 spricht ganz allgemein vom Kauf, also gilt das dort Gesagte auch für den Gattungskauf. Die Gefahr geht nach dieser Stelle über, wenn der Kaufvertrag perfekt ist. Perfekt ist er aber si apparet quid, quale, quantum sit. Nun heisst »si apparet« »wenn es klar ist«, der Kauf ist also perfekt, wenn das quid, quale, quantum, d. h. der individuell bestimmte Gegenstand des Schuldverhältnisses klar ist. Klar ist er, wenn beide Parteien ihn kennen. Der Verkäufer kennt ihn, wenn er ihn ausgeschieden hat, der Käufer kennt ihn, wenn er bei der Ausscheidung anwesend ist, auch; wenn er abwesend ist, muss er benachrichtigt werden und diese Nachricht muss zu seiner Kenntnis gelangen.

Demgegenüber ist folgendes zu sagen:

Thöl hat meines Erachtens zunächst das »id, quod venierit« nicht genügend beachtet. Id, quod venierit heisst aber »das, was verkauft sein wird«, also das, was thatsächlich Gegenstand des Kaufs sein und als Leistung hingegeben werden wird. Dies ist aber erst dann klar, wenn geliefert ist; mit der einseitigen Ausscheidung und dem Wissen des Gläubigers wird nur das klar, was geliefert werden soll. Dass dies später thatsächlich geliefert wird, ist gar nicht notwendig, da der Verkäufer auch nach der Ausscheidung noch immer die Sendung zurücknehmen kann.[1]) Man sieht also, dass die von Thöl als Kardinalstelle angeführte l. 8 pr. Dig. 18, 6 nicht nur nichts zu seinen Gunsten beweist, sondern sogar zum Beweise der Lieferungstheorie dienen kann.[2])

Die zweite Stelle, auf die sich Thöl beruft, ist l. 35, § 5—7 Dig. 18, 1. Es ist hier zunächst von einer emtio ad mensuram (§ 5, 6) und dann von einem Gattungskauf die Rede (§ 7). In beiden Fällen überträgt das adnumerare, appendere, admetiri die Gefahr auf den Käufer. Thöl versteht unter diesen Ausdrücken das Zuzählen, Zuwägen,

[1]) Thöl a. a. O., S. 858.

[2]) So im wesentlichen Stintzing a. a. O., S. 205.

Zumessen gegenüber dem Käufer, d. h. mit Wissen des Käufers. Nun könnten ja die erwähnten Ausdrücke den von Thöl angenommenen Sinn haben, dem widerspricht aber l. 2 cod. 4, 48. Hier ist deutlich gesagt, dass die Gefahr mit dem tradere übergeht. Es muss daher, da die Bedeutung von tradere vollständig feststeht, das adnumerare appendere und admetiri aber manchen Zweifeln Raum bieten, angenommen werden, dass das adnumerare, appendere und admetiri ein tradere in sich schliesst. Dagegen ist es nicht richtig, wenn Thöl[1]) die traditio für nichts anderes als eine mensura hält. Wenn Thöl ferner sagt, die zweite Hälfte der Codexstelle zeige deutlich, dass das tradere gleich admetiri sei, so muss man dem entgegenhalten, dass gerade diese zweite Hälfte deutlich für die hier vertretene Ansicht spricht. Denn da das admetiri sehr wohl nach Thöls Ansicht ohne Anwesenheit des Käufers vorgenommen werden kann[2]), so kann hier von einer mora des Käufers nicht die Rede sein, wohl aber ist dies möglich, wenn das admetiri gleichbedeutend mit tradere ist. Dann kann man recht gut eine mora des Käufers konstruieren, da zum tradere eine Mitwirkung des Käufers erfordert wird.[3])

Man prüfe nun noch, wie die Thöl'sche Theorie sich in der Praxis bewähren würde. Eine Hausfrau bestellt beim Fleischer eine Kalbskeule für den nächsten Tag. Der Fleischer lässt ihr sagen, er habe eine solche für sie zurückgelegt (ausgeschieden) und beschreibt sie ihr so genau, dass sie »vollständig ihre Gedanken auf sie richten kann«. Hierauf schickt er ihr am nächsten Tage diese Kalbskeule mit seinem Lehrling in ihre Wohnung. Der Lehrling strauchelt, die Kalbskeule fällt von der Fleischermulde herab und ein Hund erfasst sie, schleppt sie weg und verspeist sie. Nach Thöl muss die Hausfrau die Kalbskeule bezahlen, denn sie war ausgeschieden, die Käuferin wusste von der

[1]) a. a. O., S. 860, Note 4.
[2]) Vgl. oben S. 26.
[3]) Ebenso Ihering a. a. O., S. 392.

Ausscheidung und damit war die Gefahr auf die Käuferin übergegangen. Dass diese Entscheidung dem Rechtsgefühl des Volkes entspricht, ist schwerlich zu glauben.

Von allen bisher besprochenen Theorieen unterscheidet sich scharf die Ihering'sche »Lieferungstheorie«. Nach Iherings Ansicht[1]) verwandelt sich das Genus vor der Leistung überhaupt nicht in eine Spezies. Ihering braucht also die Frage der Ausscheidung gar nicht zu berücksichtigen, da bei ihm die Ausscheidung nicht Wesentliches, sondern nur ein Mittel für die Lieferung ist.[2]) Die Leistung erfolgt, wenn der Schuldner zu bringen hat, durch Tradition bei dem Käufer, wenn der Gläubiger zu holen hat, durch Tradition bei dem Verkäufer und wenn der Verkäufer schicken soll, durch Übergabe an den Frachtführer. Der Leistung gleich steht die durch mora des Käufers verhinderte Leistung. Da erst mit der Leistung die Konzentration eintritt, geht auch erst in diesem Zeitpunkt die Gefahr auf den Käufer über und demgemäss ist es sofort klar, warum der Verkäufer, wenn das ganze Genus vor der Leistung untergeht, nicht den Kaufpreis verlangen darf, was die Anhänger der Ausscheidungstheorieen nicht zu erklären vermögen.[3])

Zur Begründung seiner Theorie führt Ihering l. 35, § 7, Dig. de contrab. emptione 18, 1; l. 5, 13, 14, 15

[1]) Ihering a. a. O., S. 385. Der Ihering'schen Theorie sind gefolgt: Keller, Pandektenvorlesungen, 2. Aufl., Leipzig 1867, II, S. 59; Stintzing a. a. O., S. 207.

[2]) Ihering a. a. O., S. 387.

[3]) Ihering a. a. O., S. 394, 395.

In der Regel kann man von einem Gefahrübergang mit der Leistung nicht sprechen. Der Gläubiger trägt die Gefahr heisst bei einem einseitigen Schuldverhältnis, er verliert den Anspruch auf die Leistung, und bei einem zweiseitigen, er verliert nicht nur den Anspruch auf die Leistung, sondern muss auch noch die Gegenleistung machen (vgl. Wächter im Archiv f. zivil. Praxis, Bd 15, S. 107). Wenn der Schuldner nun bereits geleistet hat, kann man von einem Verlieren des Anspruchs auf die Leistung nicht mehr reden.

Dig. de peric. et com. rei. vend. 18, 6 und c. 2 cod. de peric. et comm. (4, 48) an. Bezüglich der l. 12, 13, 14 Dig. 18, 6 ist streitig, ob sie überhaupt einen Gattungskauf behandeln. Meines Erachtens hat man sich aber doch der Auffassung des darin geschilderten Kaufgeschäfts als Gattungskauf anzuschliessen. Denn, wenn man sie als Spezieskauf auffasst, kann man die Entscheidung, dass der Verkäufer noch bis zur Tradition die Gefahr trägt, nur damit erklären, dass den Verkäufer in den betreffenden Fällen eine culpa trifft. Von einer culpa ist aber in diesen Stellen gar nichts gesagt, vielmehr überall der Nachdruck auf die Tradition gelegt und von dieser der Übergang der Gefahr abhängig gemacht, was bei einem Spezieskauf unverständlich wäre.[1]) Aber selbst abgesehen von diesen beiden Stellen, sagen l. 35, § 7, Dig. 18, 1, und l. 5 Dig. 18, 6 dass die Gefahr mit dem admetiri c. 2 cod. 4, 48, dass sie mit dem tradere übergeht. Bereits oben[2]) wurde die Ansicht vertreten, dass das admetiri dem tradere, nicht das tradere dem admetiri gleichzusetzen sei und demgemäss sind alle drei Stellen klare Beläge dafür, dass der Übergang der Gefahr erst mit der Tradition oder der durch mora des Käufers verhinderten[3]) Tradition erfolgt.

Nun schliesst Ihering weiter: Mit der Tradition erfüllt der Verkäufer seine ihm aus dem Kaufvertrage obliegende Pflicht, die Begriffe von Solution und Tradition fallen nicht notwendig zusammen, also ist es sehr gut denkbar, dass jemand das gethan hat, was ihm oblag, ohne zu tradieren. Ein solcher Fall ist, wenn Schicken ausbedungen ist, die Übergabe an den Frachtführer, also geht mit diesem Moment die Gefahr auf den Käufer über und tritt die Konzentration ein.[4])

---

[1]) So Ihering a. a. O., S. 417.

[2]) Vgl. oben S. 28.

[3]) Vgl. hierzu l. 13 und 15 Dig. 18, 6 und c. 2 cod. 4, 48.

[4]) Kohler in Iherings Jahrbüchern, Bd. XVII, S. 264, 265.

Dem hat Bekker[1]) mit Recht entgegengehalten, dass zwar im allgemeinen die Solution von der Tradition unabhängig sei, dass aber der Verkäufer unbedingt zum Tradieren verpflichtet sei. Seine eigne Auffassung, dass beim Schicken der Verkäufer Mandatar des Käufers sei, als solcher mittels constitum possessorium den Besitz der Sache erhalte und nun das Mandat, das in dem Absenden besteht, zu erfüllen habe, nennt Bekker selbst[2]) schon aus praktischen Gründen bedenklich, da der Augenblick des constitutum possessorium sich meist gar nicht feststellen lasse. Die Iheringsche Auffassung liesse sich nur damit rechtfertigen, dass man den Frachtführer als Stellvertreter des Käufers betrachtet. Regelsberger nennt diese Auffassung zwar unjuristisch,[3]) sagt aber nicht, worin das Unjuristische besteht. Besitzerwerb durch Stellvertreter ist wenigstens in der Kaiserzeit anerkannt,[4]) sicherlich kann also, falls der Käufer den Frachtführer beauftragt hat, der Käufer bereits mit der Übergabe an den Frachtführer Besitz erwerben.[5]) Meist wird allerdings der Verkäufer den Frachtführer beauftragen, aber könnte nicht daraus, dass überhaupt der Käufer das Schicken ausbedingt, während er eigentlich holen sollte, dabei aber keinen bestimmten Frachtführer nennt, der Wille des Käufers erkenntlich sein, dass derjenige Frachtführer, den der Verkäufer aussucht, sein Stellvertreter sein solle und er durch diesen bereits Besitz erwerben wolle?

Dies wäre vielleicht eine Lösung dieser Frage. Im übrigen lässt sich nur sagen, dass man, wenn man mit der Absendung die Gefahr auf den Gläubiger übergehen lässt, sich auf Quellen nicht stützen kann, da, wie bereits oben[6]) erwähnt, sich keine Stelle findet, wo deutlich der Fall der

[1]) Bekker, a. a. O., S. 378.
[2]) Bekker, a. a. O., S. 384, 385.
[3]) Regelsberger, a. a. O., S. 211.
[4]) Dernburg, Pandekten, Bd. I, § 180, Note 8.
[5]) Dahn, Rechtsbuch, Nördlingen 1877, S. 318.
[6]) Vgl. oben Seite 26 Anm. 1.

Sendung behandelt ist. Regelsberger hat dies veranlasst, anzunehmen,[1]) »dass entweder der Verkäufer die Sendung durch einen Sklaven begleiten liess, oder der Käufer einen Sklaven zur Empfangnahme der Waren zum Verkäufer sandte, oder dass die Übergabe am Wohnort des Käufers an einen Gastfreund des Käufers erfolgte«. Diese Lösung der Frage hat viel für sich, namentlich, wenn man bedenkt, dass doch wohl im römischen Reich das Speditions- und Frachtgeschäft noch wenig entwickelt gewesen sein wird. Die grösseren Kaufleute werden meist ihre eigenen Schiffe, Wagen und Sklaven gehabt haben, also wird der Fall des Schickens durch derartige Anstalten wie heut existieren, wohl selten vorgekommen sein. Im Mittelalter, als die Sklaverei nach und nach abkam, entwickelte sich dann zunächst im Handelsrecht der Grundsatz, dass die Gefahr mit der Absendung auf den Käufer übergehe. Benedikt Carpzow[2]) war der erste, der diesen Grundsatz, der schon gewohnheitsrechtlich bestanden hatte, offen aussprach, allerdings nur im Handelsverkehr angewandt wissen wollte. Denselben Grundsatz, noch mit der Erweiterung, dass die Übergabe an den Frachtführer der Tradition an den Käufer gleichsteht, nahm das A.L.R. auf.[3]) Ohne diese Erweiterung findet er sich im code de commerce[4]) und im A. D. H.G.B. von 1861.[5]) So ist er im Laufe der Zeit durch das Verkehrsbedürfnis veranlasst, entstanden und darf man sich daher nicht wundern, dass man in den Quellen des römischen Rechts keine Andeutung hierüber findet.[6])

Im Wesentlichen mit der Iheringschen Lieferungstheorie stimmt die Bekkersche Individualisierungstheorie überein.[7])

---

[1]) Regelsberger, a. a. O., Seite 201, 202.
[2]) Carpzow, Opus decisionum dec. 131.
[3]) I, 11, § 128.
[4]) a. 100.
[5]) a. 345.
[6]) Dernburg, Preuss. Privatrecht, § 138, Anm. 3.
[7]) Stintzing, a. a. O., S. 179.

Nach Bekkers Ansicht[1]) kann die Concentration vor sich gehen:

1. wenn bei dem Kontraktschluss etwas über die Spezialisierung verabredet ist, durch Vornahme der verabredeten Handlung, z. B. durch Bestimmung seitens eines Dritten.

Dann liegt kein reiner Gattungskauf, sondern ein bedingter Spezieskauf oder ein Kaufvertrag mit vorläufig noch unbestimmtem Leistungsgegenstand vor, bei dem die Bestimmung nach dem Willen der Parteien durch einseitige Handlung, z. B. durch die Bestimmung seitens eines Dritten, erfolgen soll.[2])[3])

2. durch nachträgliche Verabredung der Parteien.

Dann liegt der oben § 4 besprochene Fall vor.

3. durch die Leistung.

Ist dieselbe auf ein Holen gestellt, so erfolgt sie durch Tradition bei dem Verkäufer; ist sie auf ein Bringen oder Schicken gestellt, durch Tradition bei dem Käufer.

Die Fälle unter 1 und 2 wird auch jeder Anhänger der Iheringschen Theorie gelten lassen,[4]) da der Umstand, dass dort die Concentration vor der Leistung erfolgt, sich nicht aus dem Wesen des Gattungskaufes ergiebt. Demgemäss erledigt sich die Ansicht Bekkers,[5]) dass bei der Iheringschen Theorie unerklärt bleibe, »weshalb bisweilen Speziesobligationen nicht wie Speziesobligationen behandelt werden sollen.«

Im 3. Punkte zeigt sich eine fast vollständige Übereinstimmung Bekkers mit Ihering, und nur darin weicht

[1]) Bekker, a. a. O., S. 382 ff.

[2]) Vgl. oben S. 23.

[3]) Nach dieser Erklärung spricht auch das von Bekker a. a. O., S. 377 gegen Ihering angeführte Beispiel von dem Pferdekauf nicht gegen die Iheringsche Theorie: vgl. Regelsberger, a. a. O., S. 186, Anm. 4.

[4]) So Stintzing, a. a. O., S. 179, 180.

[5]) Bekker, a. a. O., S. 389.

Bekker von Ihering ab, dass Bekker[1]) im Fall des Schickens die Concentration erst mit der Annahme eintreten und demgemäss den Verkäufer noch bis zu diesem Zeitpunkt die Gefahr tragen lässt. Da dies aber dem mutmasslichen Willen der Parteien widerspreche, so solle die Gefahr bereits mit der vollendeten Absendung übergehen, aber auch von diesem Zeitpunkt an dem Verkäufer die Disposition über die abgesandte Sache entzogen sein, ausserdem aber müsse die Übergabe an den Frachtführer »die nötigen spezialisierenden Momente« enthalten. Abgesehen davon, dass Quellen für die Bekkersche Ansicht nicht anzuführen sind, spricht auch die Praxis dagegen.

Nach Bekker wäre der Verkäufer zu schlecht gestellt. Das Schicken ist ein modifiziertes Holen. Der Schuldner hat seine Verpflichtung also bereits an dem Orte der Absendung erfüllt. Wenn er schickt und der Käufer nichts über das Schicken ausbedungen hat, so hat m. E. der Schuldner die Sendung so zu bewirken, wie die Verkehrssitte es mit sich bringt.[2]) Verlangt diese nicht Ausscheidung der Sache, so ist sie auch vom Schuldner nicht zu veranlassen. Hat z. B. der Schuldner zwei Sendungen Kohlen an denselben Ort zu besorgen, so ist es nicht notwendig, dass er die Kohlen für jeden Käufer getrennt verladet, sondern er hat nur dem Schiffer so viel Zentner Kohlen als die beiden Sendungen zusammen betragen, zuzuwiegen, die Art der Beförderung aber kann er dem Schiffer überlassen. Denn die Verkehrssitte erfordert hier keineswegs eine Ausscheidung und genaue Individualisierung der Sendung.[3])

Noch ein Einwand Bekkers gegen die Iheringsche Theorie, der offenbar aus einer irrtümlichen Auffassung hervorgegangen ist, muss widerlegt werden.

---

[1]) Bekker, a. a. O., S. 388.

[2]) Seufferts Archiv, Bd. II, No. 168.

[3]) Vergl. hierzu Ihering, a. a. O., S. 367 ff.

Bekker sagt,[1]) es sei unerklärt, »warum die Gefahr mit der Vollendung desjenigen übergehen sollte, was dem Lieferer nach beiderseitiger Auffassung zu thun oblag, wenn diese Vollendung nicht zugleich das individualisierende Moment wäre«. Bekker meint hier m. E. den Fall des Schickens; denn beim Holen und Bringen muss der Schuldner, um das zu thun, was ihm obliegt, tradieren, und mit der Tradition tritt die Individualisierung von selbst ein. Im Fall des Schickens, meint Bekker, trete nach Iherings Theorie mit dem Übergang der Gefahr die Individualisierung d. h. die Verwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld nicht ein, da ja der Verkäufer immer noch die Disposition über die abgesandten Waren habe. Es ist zu bestreiten, dass letzteres Ihering gemeint habe. Ihering setzt die Absendung im Fall des Schickens vollständig auf gleiche Stufe mit der Tradition in den Fällen des Holens und Bringens.[2]) In diesen beiden Fällen ist aber eine Disposition nach erfolgter Tradition unmöglich. Daraus muss man schliessen, dass auch bei dem Schicken Ihering dem Verkäufer die Disposition über die abgesandte Sache mit der vollendeten Absendung entzogen wissen wollte. Daher hat auch Bekker das Beispiel mit den Losen[3]) mit Unrecht gegen Ihering angeführt.[4])

---

[1]) Bekker, a. a. O., S. 389.

[2]) Ihering, a. a. O., S. 420 „tritt die Absendung an deren Stelle".

[3]) Bekker, a. a. O., S. 385.

[4]) Das Beispiel selbst ist übrigens auch nicht glücklich gewählt. Lose sind nur bis zur Ziehung Gattungssachen, mit der Ziehung werden sie zu Speziessachen. Findet die Ziehung statt bevor das Los in das Eigentum des Käufers übergegangen ist, so stellt sich das rechtliche Verhältnis folgendermassen: Der Kaufvertrag war über noch nicht gezogene Lose geschlossen, der Verkäufer hatte also das Eigentum an noch nicht gezogenen Losen dem Käufer zu verschaffen. Werden die Lose, bevor der Verkäufer seiner Verpflichtung nachkommt, gezogen, so ist die Gattung der nicht gezogenen Lose untergegangen, der Verkäufer also von seiner Leistung frei. Doch hat er natürlich Schadensersatz zu leisten, wenn ihn ein Verschulden trifft, z. B. wenn er absichtlich die Absendung der Lose

Das Ergebnis ist also, dass die Iheringsche Lieferungstheorie sowohl in den Quellen am besten begründet ist, als auch der Praxis am meisten gerecht wird.[1])

§ 6.

b) Der Standpunkt des B.G.B.

Zunächst sagt das B.G.B. nirgends etwas von einem Wahlrecht des Gläubigers, Schuldners oder eines Dritten bei der Gattungsschuld.

Der erste Entwurf hatte zwar in § 213 von einem »Auswählen« des Leistungsgegenstandes durch den Schuldner gesprochen, dies »Auswählen« ist aber unzweifelhaft als gleichbedeutend mit jenem oben[2]) erwähnten Herausgreifen des Leistungsgegenstandes aus der Gattung, wie es der Schuldner zum Zweck der Leistung vornehmen muss, zu betrachten.

Bezüglich des Wahlrechts des Gläubigers sagen die Motive[3]) »man habe mit der Fassung des § 213 der Frage nicht vorgreifen wollen, ob bei einer generischen Obligation ohne Veränderung des Charakters derselben auch dem Gläubiger die Befugnis zur Auswahl der individuell zu leistenden Sache eingeräumt werden könne, die Entscheidung dieses eigentümlichen Falles sei der Wissenschaft und Praxis zu überlassen«.

Nun sprechen zwar die Abhandlungen und Lehrbücher[4]) meist von einer Auswahl des Gläubigers oder eines Dritten,

verzögert und dadurch bewirkt hat, dass die Gattung, bevor er seine Leistung machte, untergegangen ist.

[1]) Vgl. Kohler in Iherings Jahrbüchern, Bd. XVII, S. 395.

[2]) Seite 22, 23.

[3]) Motive, Bd. II, S. 11.

[4]) Laband im Archiv für die civ. Praxis, Bd. 73, S. 176; Planck, a. a. O., Anm. 3 zu § 243, der allerdings den Fall, wo der Gläubiger das Wahlrecht hat, als anomal bezeichnet; Oertmann, Kommentar zum B.G.B., Anm. 3 zu § 243; Landé, a. a. O., Anm. 3 zu § 243; Hölder, a. a. O., Anm. 4 zu § 243; Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., Bd. I, § 119.

sie treten aber der Frage nicht näher, ob es nicht logisch unmöglich sei, bei der Gattungsschuld dem Gläubiger oder einem Dritten ein Wahlrecht einzuräumen. Oben[1]) ist ausgeführt worden, dass diese Unmöglichkeit thatsächlich wenigstens, wenn man der hier vertretenen Ansicht von dem Begriff der Gattungsschuld zustimmt, besteht.

Dem Gesagten widerspricht auch nicht die Erscheinung des Spezifikationskaufs im heutigen Recht. Man kann nicht sagen, dass hier ein Gattungskauf mit Wahlrecht des Gläubigers vorliegt. Denn der Käufer soll hier nicht unter den einzelnen der Gattung angehörigen Sachen wählen, — sondern er soll nur für eine bereits der Gattung nach gekaufte Sache die nähere Bestimmung der Art und Güte vornehmen.[2]) Wer 1000 kg Eisen kauft und hinterher angiebt, er wolle Walzeisen haben, bestimmt nur die Art des Eisens, nicht aber sucht er sich aus der Gattung Stücke, die er geliefert haben will, aus. Ebenso ist das Bestimmungsrecht des Bedachten beim Gattungsvermächtnis kein eigentliches Wahlrecht. Soll der Bedachte nur das Recht haben, die Art und Güte zu bestimmen, soll er z. B. sagen dürfen, ob er ein Reit- oder ein Wagenpferd haben wolle, so ist dies Bestimmungsrecht genau dasselbe wie beim Spezifikationskauf. Soll sich dagegen der Bedachte die bestimmte zu leistende Sache aus der Gattung aussuchen dürfen, so liegt überhaupt keine Gattungsschuld, sondern eine Speziesschuld der oben Seite 23 geschilderten bereits mehrfach erwähnten Art vor.

Die Protokolle[3]) heben hier ausdrücklich hervor, dass der Gläubiger bei der Gattungsschuld kein Wahlrecht haben kann. Nur der Schuldner kann bei der Gattungsschuld ein Wahlrecht haben, d. h. ein Recht aus den zur Leistung geeigneten Gegenständen einen herauszugreifen. Dies Herausgreifen an sich beschränkt, auch wenn es dem

[1]) s. o. S. 22, 23.

[2]) Entsch. des R.G. in Civ.-Sachen, Bd. XXX, S. 102.

[3]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, V, S. 197.

Gläubiger erklärt wird,[1]) ebenso wenig nach B.G.B. wie nach gemeinem Recht die Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache, sondern die Beschränkung tritt erst ein, wenn der Schuldner das zur Leistung der herausgegriffenen Sache seinerseits Erforderliche gethan hat.

Das B.G.B. hat mit dieser Bestimmung, die der zweite Absatz des § 243 enthält, grundsätzlich die Iheringsche Lieferungstheorie aufgenommen.[2]) Wenn auch äusserlich durch die Fassung: »Die Gattungsschuld beschränkt sich auf eine bestimmte Sache« der Anschein erweckt werden könnte, als stehe das B.G.B. auf dem Standpunkt, dass bereits zu einem bestimmten Zeitpunkt vor der Leistung die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld vor sich gehe, während Ihering[3]) eine derartige Umwandlung erst »durch und in der Lieferung« annimmt, so ist dies doch nur eine scheinbare Abweichung. Denn das B.G.B. sagt zugleich, dass die Beschränkung eintritt, wenn der Schuldner das Erforderliche gethan hat. Das Erforderliche thut er aber erst, wenn er leistet. Dass der reellen Leistung die durch mora des Gläubigers verhinderte Leistung und die Absendung auf Verlangen des Gläubigers, in welchen Fällen der Schuldner auch das seinerseits Erforderliche gethan hat, gleichsteht, hat auch bereits Ihering zugegeben.

Die Voraussetzungen der Concentration der Gattungsschuld sind also nach B.G.B. gemäss § 243 Abs. 2

1. eine Sache mittlerer Art und Güte und
2. dass der Schuldner das seinerseits Erforderliche zur Leistung einer solchen Sache gethan hat.

Der 2. Punkt, der einer genaueren Ausführung bedarf, soll im folgenden Paragraphen behandelt werden. Bezüglich des ersten Punktes ist nur zu sagen, dass das Gesetz

[1]) Dernburg, Das bürgerl. Recht II, 1, § 12, S. 29; Windscheid, a. a. O., § 255, Anm. 20.

[2]) Motive, Bd. II, S. 12; Hölder, a. a. O., Anm. 5b zu § 243; Buchka, B.G.B. und gemeines Recht, 1. Aufl., Berlin 1897, S. 52.

[3]) Ihering, a. a. O., S. 385.

mit dieser Bestimmung sicherlich nur eine Grenze nach unten ziehen wollte und zwar im Gegensatz zum gemeinen Recht, wo der Schuldner auch Sachen der geringsten Art und Güte leisten konnte. Besseres als mittlere Art und Güte darf der Schuldner sicherlich leisten.[1]) Eine einzige Ausnahme macht das Gattungsvermächtnis. Hier hat der Schuldner nicht eine Sache mittlerer Art und Güte, sondern zunächst eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache[2]) zu leisten und nur wenn diese keinen Anhalt bieten, kommt die Vorschrift des § 243 Abs. 1 zur Anwendung. Dagegen hat der Schenker auch eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten.[3])

In der 2. Lesung des B.G.B. erhob man Bedenken gegen diese Bestimmung, gleichwohl wurde in dieser Beziehung nichts geändert und es ist auch nicht einzusehen, warum eine Änderung hätte eintreten sollen. Will jemand, der ein Schenkungsversprechen abgiebt, geringere Sachen als von mittlerer Art und Güte leisten, so steht es ihm ja frei, dies in dem Schenkungsversprechen zum Ausdruck zu bringen, und dies ist um so leichter, da ein Schenkungsversprechen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf,[4]) der Schenker sich also sehr wohl überlegen kann, was er schenken will.

§ 7.

c) Wann hat der Schuldner das Erforderliche gethan?

Für alle Schuldverhältnisse muss gelten, dass der Schuldner sicherlich das seinerseits Erforderliche gethan hat,

---

[1]) So Planck, a. a. O., Anm. 3 zu § 243; a. M. Matthiass, a. a. O., § 74, S. 307; Dernburg, Das bürgerl. Recht II, 1, § 11, IV, S. 29.

[2]) § 2155, Abs. 1, B.G.B.

[3]) A. M. Laband, a. a. O., S. 176.

[4]) § 518 B.G.B.

1. wenn er thatsächlich eine Sache mittlerer Art und Güte geleistet hat,[1])
2. wenn die Gefahr der zu leistenden Sache vor der Leistung kraft gesetzlicher Vorschrift auf den Gläubiger übergegangen ist.

Auf diesem Standpunkt befand sich bereits der 1. Entwurf in § 214, und das B.G.B. enthält nur eine Verallgemeinerung dieses Standpunktes, da bei manchen Schuldverhältnissen sich, wie die Protokolle[2]) sagen, »diese Regelung als zu eng erwies«.

Dass der Schuldner das seinerseits Erforderliche sicherlich dann gethan hat, wenn er geleistet hat, leuchtet sofort ein. Denn vom Schuldner wird eine Leistung gefordert. Man hat aber dagegen geltend gemacht,[3]) dass mit der Leistung das Schuldverhältnis erlösche und demgemäss eine Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache gar nicht eintreten könne. Darauf ist zu entgegnen, dass dies ja im allgemeinen zutrifft, unter Umständen aber das Schuldverhältnis auch nach der Leistung noch fortbestehen kann, wie im folgenden gezeigt werden soll.

Nach § 243 Abs. 2 hat der Schuldner bei der Gattungsschuld eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten, Mängel kann die Sache gehabt haben.[4]) Diese Behauptung richtet sich gegen Jacubezky,[5]) der annimmt, dass, wenn eine Sache wesentliche Mängel habe, sie unter mittlerer Art und Güte stehe und demgemäss der Schuldner mit der Leistung einer solchen Sache nicht das seinerseits Erforder-

[1]) So Dernburg, Das bürgerl. Recht, II, 1, § 12, II, S. 29; Kiehl in Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 607; Hölder, a. a. O., Anm. 5 zu § 243.

[2]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, I, S. 287.

[3]) Vgl. Planck, a. a. O., Anm. 4 zu § 243; Matthiass, a. a. O., S. 307; v. Jocklin in Gruchots Beiträgen, Bd. 36, S. 855.

[4]) So Laband, a. a. O., S. 177.

[5]) Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines B.G.B. für das deutsche Reich, München 1892; ihm schliesst sich Planck, Anm. 3 zu § 480 an.

liche gethan habe. M. E. soll die Vorschrift: »Der Schuldner hat eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten,« nur heissen, dass die bestimmte Sache aus der mittleren Art und Güte der betreffenden Gattung genommen werden muss. Daher kann z. B. eine Cigarre zu 5 Pfg. als Leistungsgegenstand gelten, auch wenn ihr Deckblatt verletzt ist. Denn sie ist mittlerer Art und Güte, wenn auch ihr individueller Wert durch die Beschädigung vermindert ist.

Diese Ansicht findet sich auch in den Protokollen[1]) bei der Beratung des § 398 des 1. Entwurfs vertreten. Man stellte hier den Fall, dass eine mangelhafte Sache geliefert sei, scharf in Gegensatz zu dem Fall, dass eine gar nicht der betreffenden Gattung angehörige geliefert sei. Im letzteren Fall habe der Schuldner gar nicht das seinerseits Erforderliche gethan, die Beschränkung sei nicht eingetreten, also könne der Gläubiger Nachlieferung bezw. überhaupt erst Lieferung der geschuldeten Sache verlangen. Im 1. Fall dagegen sei durch die Leistung der zwar mangelhaften aber doch der betreffenden Gattung angehörigen Sache die Concentration eingetreten und demgemäss läge, falls man auch hier dem Gläubiger das Recht auf Nachlieferung gäbe, eine Durchbrechung des im § 207 (2. Entwurf)[2]) aufgestellten Prinzips vor. Von der Gegenseite aus erkannte man diese Schlussfolgerung als vollkommen logisch richtig an, man gab dem Gläubiger aber trotzdem in beiden Fällen das Recht der Nachlieferung, weil man sich von den praktischen Erwägungen leiten liess, dass es zunächst schwer zu unterscheiden sei, ob eine Sache noch der betreffenden Gattung angehört und nur mangelhaft sei oder gänzlich ausserhalb der Gattung stehe und dass es ferner im Handelsverkehr dem Käufer beim Gattungskauf anders wie beim Spezieskauf nicht darauf ankomme, gerade ein bestimmtes Stück zu erhalten

[1]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, I, S. 712, 713.
[2]) § 243, Abs. 2, B.G.B.

und wenn dies fehlerhaft sei, den Kauf rückgängig zu machen oder doch einen geringeren Preis zu zahlen, sondern dass hier der Käufer nur irgend ein mangelfreies Stück der betreffenden Gattung erhalten wolle.[1])

Wenn nun der Schuldner eine Sache mittlerer Art und Güte, die aber fehlerhaft ist, geliefert hat, so tritt damit keineswegs ein Erlöschen des Schuldverhältnisses ein. Man könnte dies aus § 362 B.G.B. schliessen. Denn nach diesem Paragraphen erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt ist, und die geschuldete Leistung ist hier nach § 243, Abs. 1, nur die Leistung einer, wenn auch mangelhaften, Sache mittlerer Art und Güte. Gleichwohl erlischt meines Erachtens das Schuldverhältnis nicht durch Leistung einer solchen Sache. Denn man muss mit Stammler[2]) annehmen, dass durch die Leistung nicht das Schuldverhältnis, sondern nur das aus demselben hervorgehende Forderungsrecht auf Leistung aus der Welt geschafft wird. Beim Kaufvertrage ist z. B. das aus ihm hervorgehende hauptsächlichste Forderungsrecht des Käufers das Recht, vom Verkäufer die Verschaffung von Besitz und Eigentum an der gekauften Sache zu verlangen. Der Verkäufer erfüllt seine Verpflichtung, wenn er an einer, wenn auch fehlerhaften Sache mittlerer Art und Güte dem Käufer Besitz und Eigentum überträgt; damit erlischt zwar das Forderungsrecht des Käufers, nicht aber das Schuldverhältnis, denn der Käufer hat nun noch Ansprüche aus § 480 auf Wandelung, Minderung oder Lieferung einer mangelfreien Sache. Das rechtliche Verhältnis, in das Käufer und Verkäufer zu einander durch den Kaufvertrag getreten sind, ist noch nicht aus der Welt geschafft, dass aber gleichwohl in diesem Fall die

[1]) Ausser beim Kauf findet sich im B.G.B. eine Durchbrechung des im § 243, Abs. 2, aufgestellten Prinzips noch bei der Schenkung (§ 524) und beim Vermächtnis (§ 2183).

[2]) Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897, S. 215.

Beschränkung eingetreten ist, zeigt der Umstand, dass dem Käufer die Rechte auf Wandelung und Minderung gegeben sind, da beide nur möglich sind, wenn der Käufer nicht mehr eine beliebige, der betreffenden Gattung angehörige Sache, sondern nur noch eine bestimmte Sache — die fehlerhafte — fordern darf. Dass ausserdem der Käufer hier das Recht der Nachlieferung hat, ist die, wie oben erwähnt, aus besonderen Rücksichten zugelassene Ausnahme, nicht etwa ein Zeichen dafür, dass die Beschränkung nicht eingetreten ist.

Das Resultat ist also, dass einerseits dadurch, dass der Schuldner die geschuldete Leistung macht, die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache eintritt, andererseits aber das Schuldverhältnis durch diese Leistung nicht erlischt.[1])

Wann der Schuldner seiner Leistungspflicht genügt hat, bestimmt sich nach den bei den einzelnen Schuldverhältnissen gegebenen Vorschriften.

Beim Kauf hat beispielsweise der Verkäufer nach § 433 die Pflicht, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen. Die Verschaffung des Eigentums kann bei beweglichen Sachen nach § 929 dadurch geschehen, dass der Verkäufer dem Käufer die Sache übergiebt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll — dann braucht also zu der Besitzübertragung, zu welcher der Verkäufer schon ohnedies verpflichtet ist, nur die Einigung über den Übergang des Eigentums hinzuzukommen — oder durch blosse Einigung, wenn der Käufer bereits im Besitz der Sache ist[2]) — dann fällt die Besitzübertragung nach § 854, Abs. 2, weg — oder endlich dadurch, dass zwischen dem Verkäufer und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt

[1]) Vgl. hierzu auch Entsch. des R.O.H.G., Bd. V, S. 399, VII, S. 113 u. 280, XI, S. 28; Entsch. des R.G. in Civilsachen, Bd. VI, S. 190.

[2]) § 929, Abs. 2, B.G.B.

— dann besteht die Besitzübertragung in der Verschaffung des mittelbaren Besitzes.[1]) Bei Grundstücken muss der Verkäufer den Besitz des Grundstücks dem Käufer übertragen und die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch bewirken.

Ausser beim Kauf können Gattungsschulden vorkommen bei der Schenkung, bei der Pacht im Falle des § 588, Abs. 2,[2]) wonach der Pächter verpflichtet ist, das Inventar, falls es durch irgend welche besondere Umstände unter den Bestand einer ordnungsmässigen Wirtschaft herabsinkt, zu ergänzen, ferner beim Darlehn, beim Vertrag über Hingabe eines Darlehns, beim Werkvertrag, bei der uneigentlichen Verwahrung, bei der Gesellschaft, beim Leibrentenvertrage, beim Pfandrecht auf Grund des Bankdepotgesetzes vom 5. Juli 1896, beim Vermächtnis u. a. m. Die Verpflichtung des Schuldners wird bei den meisten dieser Schuldverhältnisse der des Verkäufers entsprechen, der Schuldner also Besitz und Eigentum zu übertragen haben. Dieser Verpflichtung wird er z. B. im Falle des § 588, Abs. 2, mit der Einverleibung in das Inventar nachgekommen sein, beim Werkvertrag wird er seiner Leistungspflicht genügt haben, wenn das Werk abgenommen ist, denn »abnehmen« ist gleichbedeutend mit »als Erfüllung

[1]) § 868 B.G.B.

[2]) Wie man aus § 589, Abs. 1, eine Gattungsschuld herleiten kann (so Berndorff a. a. O., S. 127, 128), ist unverständlich. Der § 589, Abs. 1, sagt ganz deutlich: „Das bei der Beendigung der Pacht vorhandene Inventar." Es liegt hier also zweifellos eine Speziesschuld vor. Der Pächter hat nicht ein Inventar, welches die bestimmten Merkmale hat, dass es den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft entspricht, zurückzugewähren, sondern er hat das bei der Beendigung der Pacht vorhandene Inventar zurückzugeben. Allerdings soll dies den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft entsprechen. Ist es nicht in diesem Zustand, so hat es der Pächter vor der Rückgewähr auf Grund des § 588, Abs. 2, zu ergänzen und dann dies so ergänzte Inventar zurückzugewähren. Er hat also vor der Rückgewähr die im Text erwähnte Gattungsschuld zu erfüllen, während die Rückgewähr selbst auf eine bestimmte Sache — das vorhandene Inventar — gerichtet ist.

annehmen«.[1]) Der Abnahme steht, wenn sich das Werk zur Abnahme nicht eignet, die Vollendung des Werkes gleich.[2])

Zu beachten ist aber ausserdem bei allen Schuldverhältnissen, dass der Schuldner seiner Leistungspflicht nicht schon dann genügt hat, wenn er die geforderte Leistung überhaupt gemacht hat, sondern, dass er auch unter den geforderten Nebenbestimmungen, insbesondere zur rechten Zeit und am richtigen Ort geleistet haben muss. Beides bestimmt sich zunächst nach dem Willen der Parteien; sind keine Bestimmungen getroffen worden und ist auch aus den Umständen nichts hierfür zu entnehmen, so kann nach § 271 B.G.B. der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken, und ist der Leistungsort nach § 269 B.G.B. der Wohnsitz bezw. die Geschäftsniederlassung des Schuldners. Bezüglich des Leistungsortes ist aber zu berücksichtigen, ob sich nicht aus der Natur des Schuldverhältnisses etwas anderes ergiebt. Beim Kauf wird dies nicht der Fall sein, der Verkäufer also nur verpflichtet sein, an seinem Wohnsitz zu leisten. Ebenso werden beispielsweise zu behandeln sein: die Schenkung, der Vertrag über Hingabe eines Darlehns, der Werkvertrag, sofern nicht das hergestellte Werk einen besonderen Leistungsort fordert, der Leibrentenvertrag, das Vermächtnis u. a. m. Dagegen muss man beim Darlehn den Wohnsitz des Darleihers als Leistungsort fordern, da man dem Darleiher nicht zumuten kann, dass er, der doch regelmässig dem Darlehnsempfänger mit der Hingabe des Darlehns einen Gefallen erweist, sich die zurückzuerstattenden Sachen holt. Bei einer Reihe von Schuldverhältnissen ist der Leistungsort

[1]) Vgl. Fischer-Henle a. a. O., Anm. 1 zu § 640; Planck a. a. O., Anm. 1a zu § 640; A. M. Cosack a. a. O., S. 521, der Abnahme für korrespondierend mit Ablieferung hält, und Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Berlin 1897, S. 55, Anm. 3, der Abnahme = Annahme setzt.

[2]) § 646 B.G.B.

weder der Wohnsitz des Schuldners, noch der des Gläubigers. So ist er beispielsweise bei der uneigentlichen Verwahrung der Ort, an welchem die Sache aufzubewahren war[1]), bei der Gesellschaft der Ort, an welchem die Verwaltung der Gesellschaft geführt wird, bei der unerlaubten Handlung der Ort, wo die Schädigung eingetreten ist u. s. w.

Nur wenn der Schuldner an diesen Orten geleistet hat, hat er seiner Leistungspflicht genügt und ist damit die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache eingetreten.

Der zweite Fall, wo der Schuldner das seinerseits Erforderliche gethan hat, ist der, wenn kraft gesetzlicher Vorschrift die Gefahr der zu leistenden Sache vor der Leistung auf den Gläubiger übergegangen ist.

Der Nachweis der Richtigkeit dieses Satzes ist nun zunächst zu erbringen. Zu diesem Zwecke muss auf die Entstehungsgeschichte des § 243, Abs. 2, zurückgegangen werden. Im 1. Entwurf war der dem § 243, Abs. 2, entsprechende Paragraph der § 214. Nach diesem sollte die Beschränkung mit der Übergabe oder mit dem Übergang der Gefahr eintreten. In der Kommission für die 2. Lesung wollte man die Beschränkung von dem Gefahrübergang trennen. Man führte aus[2]): Die Konzentration trete nur mit der Leistung ein; dieser solle nicht gleichgesetzt werden der Annahmeverzug und die Absendung an einen andern als den Erfüllungsort auf Verlangen des Gläubigers. Dass hier die Gefahr auf den Gläubiger übergehe, folge daraus, dass der Schuldner nicht zu schlecht gestellt werden solle, da er seine Erfüllungsbereitschaft gezeigt bezw. seine Pflicht erfüllt habe, wenn er an dem Erfüllungsort geleistet habe und man es ihm daher nicht zumuten könne, die Gefahr der Versendung an einen andern als den Erfüllungsort zu tragen. Wolle man mit dem

[1]) §§ 700, 697 B.G.B.

[2]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, I, S. 286 ff.

Übergang der Gefahr in diesen beiden Fällen auch die Beschränkung eintreten lassen, so ergäben sich ganz absurde Konsequenzen. Wenn z. B. jemand einem andern 10 Wispel Weizen schuldete und dieser in Annahmeverzug geräte, so könnte der Gläubiger, wenn er später annehmen wollte, gerade die bereits einmal angebotenen 10 Wispel von dem Schuldner verlangen, andere aber von derselben Art und Güte zurückweisen. Ebenso könne der Schuldner, wenn er einmal die 10 Wispel abgesandt habe, nicht mehr anderweitig über sie verfügen; falls also der Waggon mit diesem Weizen durch ein Versehen der Eisenbahn-Verwaltung nicht an den Ort komme, wo die Leistung demjenigen Gläubiger, für den die Absendung erfolgt sei, gemacht werden solle, dafür aber an einen Ort, wo der Schuldner eine Leistung derselben Art zu machen habe, so könne der Schuldner diese Leistung nicht machen, da sich mit der Absendung das Schuldverhältnis auf diese bestimmte Ladung Weizen beschränkt und damit der Gläubiger ein unabänderliches Recht auf Leistung gerade dieses Weizens erhalten habe.[1]) Es wurde daher der Antrag gestellt, den § 214 des 1. Entwurfs zu streichen und den § 465, der von der Versendung handelte und nur für den Kauf galt, auf alle Gattungsschuldverhältnisse auszudehnen.

Dem wurde entgegengehalten, dass Übergang der Gefahr und Konzentration »notwendig Korrelate seien«. In der That entspricht es auch einzig und allein der Billigkeit, dass der Gläubiger auf die Sache, deren Gefahr er trägt, ein unabänderliches Recht erhält.[2]) Auch beim Annahmeverzug ist es hart, dem Gläubiger das Recht auf die angebotene Sache zu entziehen[3]), da zur Begründung des-

[1]) So Seuffert im 11. Heft von Bekker und Fischers Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines B.G.B., S. 9, 10; Laband a. a. O., S. 178, 179.

[2]) Bekker a. a. O., S. 406; Windscheid-Kipp, Pandekten, 8. Aufl., Frankfurt a/M. 1900, § 255, S. 38.

[3]) Dies nimmt Dernburg, Das bürgerliche Recht II, 1, § 12, II, S. 30, an; ebenso Jacubezky a. a. O., S. 50.

selben nicht einmal ein Verschulden des Gläubigers erforderlich ist.[1])

Dem Schuldner ist vollständig Genüge gethan, wenn mit dem Annahmeverzug die Gefahr auf den Gläubiger übergeht. Ebenso wäre der Schuldner zu gut gestellt, wenn er bei der Absendung an einen andern als den Erfüllungsort auch noch das Recht behielte, die Absendung zu widerrufen. Dass er zur Versendung an einen andern als den Erfüllungsort nicht verpflichtet ist, wird vollständig dadurch aufgewogen, dass ihm in dem Augenblick der Absendung die Gefahr abgenommen wird. Kann dem Gläubiger nichts daran liegen, genau dieselben Sachen auf die er ein Recht erworben hat, zu erhalten, würde sich also eine Nichtannahme anderer Sachen derselben Art und Güte als Chikane herausstellen, so hat der Schuldner immer noch seine Rechte aus §§ 157, 242 und vor allem aus § 226. Das Bedenken Labands[2]), dass im Falle des Annahmeverzugs, wenn die Sache dem Verderben ausgesetzt sei, die Konzentration »zu ganz absurden Konsequenzen« führen würde, ist hinfällig, da der Schuldner in diesem Fall das Recht des Selbsthilfeverkaufs aus § 383 B.G.B. hat.[3]) Das Ergebnis ist also, dass die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache immer dann eintreten, der Schuldner also das seinerseits Erforderliche immer dann gethan haben muss, wenn die Gefahr kraft gesetzlicher Vorschrift auf den Gläubiger übergegangen ist. »Der Gefahrübergang ist also ein Kennzeichen der Konzentration.«[4])

Bestimmungen über den Gefahrübergang vor der Leistung finden sich zunächst in den §§ 300 und 379. Da diese Paragraphen im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse stehen, sind sie für alle Schuldverhältnisse massgebend.

---

[1]) So Planck a. a. O., Anm. 1 zu § 300.

[2]) Laband a. a. O., S. 180.

[3]) So Neumann in Gruchots Beiträgen, Bd. 33, S. 394.

[4]) Hölder a. a. O., Anm. 5 zu § 243, S. 13; ebenso Planck a. a. O., Anm. 4 zu § 243.

Ausserdem ist noch der § 447 aus dem Titel Kauf auf alle Schuldverhältnisse auszudehnen. Die Berechtigung dazu wird daraus hergeleitet, dass in diesem Paragraphen nichts speziell auf den Kauf Bezügliches gesagt ist. Der § 447 bestimmt, dass die Gefahr der verkauften Sache, wenn der Schuldner dieselbe auf Verlangen des Käufers an einen andern als den Erfüllungsort versendet, mit der Auslieferung an den Frachtführer, Spediteur u. s. w. übergeht. Es ist nicht einzusehen, warum bloss gerade der Verkäufer diesen Vorzug haben soll. Jeder Schuldner hat nur die Pflicht, an dem Erfüllungsort zu leisten, und wenn er an einem andern Ort auf Verlangen des Gläubigers leistet, so muss der Gläubiger die Gefahr dieses seines Verlangens tragen. Die Protokolle sagen[1]), »man könne diesen Fall[2]) analog anwenden auf andere entgeltliche Veräusserungsgeschäfte, aber bei einseitigen Verträgen, insbesondere Schenkung oder bei einem Vermächtnis, würde die Konkretisierung auch in solchen Fällen, in welchen der Schuldner nur zum Abschicken der ausgeschiedenen Sache verpflichtet sei, erst mit der wirklichen Übergabe, d. h. mit der Empfangnahme der Sache von seiten des Gläubigers, vollzogen sein.«

Vollzogen ist die Schenkung erst mit der Übergabe der Sache, d. h. also, die aus dem Schenkungsversprechen hervorgehende Verpflichtung erlischt erst mit der Übergabe der beweglichen Sache, beim Kauf aber erlischt die Verpflichtung des Käufers ebenfalls erst mit der Übergabe. Wenn nun beim Kauf gleichwohl die Gefahr bereits mit der Ablieferung an den Spediteur auf den Käufer übergeht, so ist nicht einzusehen, warum der Schenker nicht dasselbe Vorrecht geniessen soll. Die Gefahr bei der Schenkung ist zwar eine andere wie beim Kauf, insofern sie nur darin besteht, dass der Beschenkte beim Untergang der Sache nichts erhält, ohne dass er seinerseits wie beim

[1]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, Bd. I, S. 287.

[2]) Den § 465 des 1. Entwurfs.

Kauf auch noch eine Gegenleistung zu machen hat. Diese Verschiedenheit ist aber dadurch begründet, dass der Kauf ein gegenseitiger, die Schenkung ein einseitiger Vertrag ist, und daher ist hieraus keine abweichende Behandlung von Kauf und Schenkung bezüglich des Übergangs der Gefahr herzuleiten. Geht nun die Gefahr über, so tritt auch die Konzentration ein; dafür, dass hier trotz des Übergangs der Gefahr die Konzentration nicht eintreten soll, giebt es keinen Anhalt im Gesetze, und daraus, dass die Schenkung eine unentgeltliche Zuwendung ist, kann man eine derartige abweichende Behandlung nicht herleiten.

Sollte vielleicht in den Protokollen eine Verwechselung des sogenannten Handgeschenks und des Schenkungsversprechens untergelaufen sein? Das Handgeschenk kommt allerdings erst mit der Annahme durch den Gläubiger zum Vollzuge, hier kann die Absendung der Annahme nicht gleichgesetzt werden, aber bei dem Handgeschenk ist die Annahme der geschenkten Sache durch den Beschenkten überhaupt erst Annahme der Schenkungsofferte und diese kann natürlich nicht durch den Spediteur erfolgen.

Vom Vermächtnis ist dasselbe zu sagen.

Es ist damit nachgewiesen, dass thatsächlich der § 447 nicht bloss auf entgeltliche Leistungen ausgedehnt werden kann[1]), und demnach hätte meines Erachtens der § 214, da diese Frage das Hauptbedenken gegen denselben war, abgesehen von einigen redaktionellen Änderungen, die auf Abs. 2 u. 3 zu richten waren, stehen bleiben können.[2])

Es ist nun auf die einzelnen Fälle des Gefahrübergangs vor der Leistung näher einzugehen.

Der § 300 [2] B.G.B. behandelt den Übergang der Gefahr im Fall des Annahmeverzugs. Die Voraussetzung des Übergangs der Gefahr ist, dass der Gläubiger durch Nicht-

[1]) So Planck a. a. O., Anm. 4 zu § 243, allerdings ohne Begründung; Dernburg, Das bürgerl. Recht II, 1, § 12, II, S. 29, 30.

[2]) Gierke, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches, S. 198.

annahme der angebotenen Sache in Verzug kommt. Von den Fällen des Gläubigerverzugs scheidet also zunächst der Fall aus, wo der Gläubiger ohne Angebot in Verzug kommt.[1] [2] Dagegen ist nicht ausgeschlossen der Fall, wo ein bloss wörtliches Angebot genügt[3], wenn nämlich der Gläubiger erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist.[4] Damit aber in diesem Fall der Voraussetzung des § 300, Abs. 2, genügt ist, welcher »eine angebotene Sache« verlangt, muss der Schuldner eine Sache der mittleren Art und Güte ausscheiden und ihm anbieten. Dass er diese Sache stets tatsächlich anbieten muss, um der Anforderung des § 300, Abs. 2, zu genügen, ist meines Erachtens ausgeschlossen.[5] Denn die Konsequenzen wären doch zu wenig der Billigkeit entsprechend. Man denke an den Fall, dass der Gläubiger erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen. Nichtsdestoweniger sollte der Gattungsschuldner vielleicht eine weite Reise machen oder wenigstens grosse Transportkosten bezahlen müssen, um dem Gläubiger eine Sache reell anzubieten, die, wie er genau weiss, der Gläubiger doch nicht annehmen wird. Dagegen scheint die Ansicht[6], dass auch Ausscheidung der zu leistenden Sache nicht notwendig ist, sondern nur wörtliches Angebot genügt[7],

[1] § 296.

[2] Nur beim Werkvertrag geht gemäss besonderer gesetzlicher Bestimmung (§ 644) mit jedem Annahmeverzug die Gefahr auf den Gläubiger über.

[3] § 295.

[4] Dies ist bei allen Holschulden, d. h. bei allen Schulden der Fall, bei denen der Leistungsort nicht der Wohnsitz des Gläubigers ist; vgl. oben S. 45.

[5] So Planck a. a. O., Anm. 3 zu § 300; Windscheid-Kipp a. a. O., § 255, S. 37; Cosack a. a. O., § 106, II, 2a, und Anm. S. 349; Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., I, § 140, 2; Oertmann, Kommentar zum B.G.B., Anm. 3b zu § 300.

[6] So Fischer-Henle, Anm. 5 zu § 300.

[7] Natürlich nur in dem Fall, dass der Gläubiger schon durch wörtliches Angebot in Verzug gesetzt wird.

doch nicht recht haltbar zu sein. Ihr widerspricht doch zu sehr der klare Wortlaut des § 300, Abs. 2, der von »der angebotenen Sache« spricht.[1]) Auch wären die Konsequenzen hier dem Gläubiger zu ungünstig. Er würde zwar vom Angebot an die Gefahr tragen, aber noch kein Recht auf eine bestimmte Sache haben, da ihm ja keine bestimmte Sache angeboten worden ist. Bei einer reinen Gattungsschuld wird diese Gefahr ja nicht viel zu bedeuten haben, bei einer nach Art der Gattungsschulden zu behandelnden gemischt generischen Obligation kann die Bedeutung des Tragens der Gefahr aber sehr wohl hervortreten. Wer z. B. einen Hammel aus einer Herde zu fordern berechtigt ist, muss, wenn die ganze Herde zu Grunde geht, gleichwohl einen Hammel bezahlen; denn ein Hammel war sicherlich »die angebotene Sache«. Andererseits hat er kein Recht auf ein bestimmtes Stück der Herde, kann sich also namentlich nicht durch Weiterveräusserung Gewinn verschaffen. Die oben gewählte Entscheidung dürfte dem Gläubiger wie dem Schuldner gleichmässig Rechnung tragen. Bei einer Bringschuld kommt der Gläubiger überhaupt erst durch thatsächliches Angebot in Verzug und fällt daher der Eintritt des Verzugs und der Übergang der Gefahr zusammen.

Ein zweiter Fall, wo kraft gesetzlicher Bestimmung die Gefahr vor der Leistung auf den Gläubiger übergeht, liegt bei der Hinterlegung vor. Denn nach § 379, Abs. 2, trägt der Gläubiger während der Dauer der Hinterlegung die Gefahr der hinterlegten Sache. Der Hinterlegung kann sich der Schuldner, vorausgesetzt dass zur Hinter-

[1]) Ein bloss wörtliches Angebot ohne Ausscheidung genügt beim Spezifikationskauf, wo der Käufer die nähere Bestimmung der gekauften Ware nach Art, Form, Mass u. s. w. vorzunehmen hat. Hier kann der Schuldner nicht ausscheiden, da er ja, bevor der Käufer die Bestimmung vorgenommen, noch nicht weiss, was er ausscheiden soll. Dasselbe ist der Fall beim Gattungsvermächtnis, wenn der Bedachte die Art und Güte der zu leistenden Sache bestimmen soll.

legung geeignete Sachen[1]) vorliegen, zunächst dann bedienen, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug gesetzt ist. Für unsere Frage wird dieser Fall nur von Bedeutung sein, wenn nicht bereits mit dem Annahmeverzug die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen ist, also wenn der Gläubiger ohne Angebot weder wörtliches noch thatsächliches in Verzug gekommen ist. Von Wichtigkeit ist die Hinterlegung aber, wenn sie erfolgt, weil der Schuldner wegen eines anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grundes oder aus unverschuldeter Unkenntnis der Person des Gläubigers die Leistung nicht bewirken kann.

Die Beschränkung tritt nur während der Zeit, wo die Sache hinterlegt und dadurch die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen ist, ein.

Der letzte Fall, wo die Gefahr bereits vor der Leistung auf den Gläubiger übergeht, ist der Fall der Versendung an einen andern als den Erfüllungsort, auf Verlangen des Gläubigers.[2]) Hier geht die Gefahr[3]) mit der Auslieferung

[1]) Vgl. § 372, B.G.B.

[2]) Eine Versendung ist nach Cosacks Ansicht (Cosack, a. a. O., § 124, 2 b Anm., S. 407) auch möglich, wenn der Verkäufer sie selbst besorgt. Hier soll der Gefahrübergang auf den Augenblick bezogen werden, wo der Verkäufer mit der Versendung beginnt. M. E. liegt hier keine Versendung im Sinne des § 447 vor, sondern hier wird regelmässig der Verkäufer nach dem Willen der Parteien zum Bringen verpflichtet sein und daher die Gefahr erst mit der Übergabe an den Käufer auf diesen übergehen. Derselben Ansicht Berndorff, a. a. O., S. 82.

[3]) Cosack, a. a. O., § 142, IV 2, Anm. S. 496, legt der Versendung beim Darlehn die Wirkung bei, dass der Darlehnsempfänger vom Augenblicke der Versendung ab zur Rückerstattung verpflichtet ist, auch wenn er nichts erhält. Er beruft sich dabei auf die analoge Bestimmung beim Kauf. Diese Analogie kann man aber nur gelten lassen, wenn man eine Verpflichtung des Darleihers zur Hingabe des Darlehns annimmt, also vorher ein pactum de mutuo dando geschlossen worden ist. In diesem Fall ist aber die Wirkung der Auslieferung an den Frachtführer nur die, dass der Darleiher von da ab von seiner Verpflichtung zur Hingabe des Darlehns frei wird. Cosack dürfte also entweder eine nicht zutreffende Analogie gebraucht

an den Spediteur, Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Personen oder Anstalten über, in diesem Augenblick beschränkt sich also auch die Gattungsschuld auf die bestimmte abgesandte Sache.[1])

Es fragt sich nun, was man unter Auslieferung versteht. Auslieferung ist nicht dasselbe wie Übergabe. Man wird es als gleichbedeutend mit Ablieferung auffassen können. Ablieferung aber ist beim Kauf der Moment, wo der Käufer die Möglichkeit einer Untersuchung der Sache erlangt.[2]) Der Spediteur soll nun nicht die Sache untersuchen, sondern er soll sie befördern. Demnach könnte man vielleicht sagen, es ist der Moment, in dem der Spediteur die Möglichkeit der Beförderung der Sache erlangt. Übergiebt also der Schuldner in seinem Lagerraum die zu befördernde Sache dem Spediteur in einem zur Beförderung geeigneten Zustand, so ist die Auslieferung vollzogen und die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen. Ein Unfall, welcher der Sache z. B. beim Aufladen zustösst, trifft bereits den Gläubiger. Unter die »anderen zur Ausführung der Versendung bestimmten Personen oder Anstalten« fallen die Post und die Eisenbahn. Da beide ihre Angestellten in der Regel nicht in die Wohnung oder Geschäftsniederlassung des Schuldners schicken, so hat der Schuldner dafür zu sorgen, dass die Post oder Eisenbahn die Möglichkeit der Beförderung der Sache erlangt. Der Schuldner muss also dem Post- oder Eisenbahnbeamten die Sache übergeben und zwar in einem Zustande, insbesondere in der Verpackung, dass die Post bezw. Eisenbahn in der Lage ist, die Sache, ohne gegen ihre Reglements zu verstossen, zu befördern. Dann erst hat der Schuldner abgeliefert.

---

oder den Vertrag über Hingabe des Darlehns und den eigentlichen Darlehnsvertrag nicht scharf auseinandergehalten haben.

[1]) So Matthiass, a. a. O., § 74, D 3, S. 307/308; Oertmann, Kommentar zum B.G.B., Anm. 5a zu § 243; A. M. Cosack, S. 296 c. Anm.

[2]) Vgl. Engelmann, a. a. O., S. 327.

Ihering[1]) wirft noch die Frage auf, wie zu entscheiden sei, wenn der Schuldner durch eignes Fuhrwerk die Sachen zur Eisenbahn besorgt. Er will hier ein Mieten des eignen Fuhrwerks annehmen, so dass der Schuldner sein eigner Spediteur wird, und die Gefahr bereits mit der Ablieferung an den Kutscher des Fuhrwerks übergeht. Diese Annahme scheint doch etwas gekünstelt. Wenn der Schuldner die Sache durch sein eignes Fuhrwerk zur Eisenbahn besorgt, so kann dies doch keine anderen Wirkungen haben, als wenn er dies durch seinen Laufburschen thun lässt,[2]) hier mietet er doch auch nicht seinen eignen Laufburschen; es würde dann schliesslich darauf ankommen, ob eine Sache so schwer ist, dass sie nur von Pferden befördert werden kann oder nicht. Im 1. Fall würde die Gefahr bereits mit der Ablieferung an den eignen Kutscher, im 2. Fall erst mit der Ablieferung an die Eisenbahn übergehen. Dies ist unhaltbar und Ihering sagt auch selbst, er sei zweifelhaft darüber.

Ausser den bisher angeführten, auf alle Schuldverhältnisse zu beziehenden Bestimmungen über den Gefahrübergang vor der Leistung finden sich auch noch bei einzelnen Schuldverhältnissen derartige Bestimmungen.

So geht nach § 446 B.G.B. beim Kauf die Gefahr der verkauften Sache mit der Übergabe auf den Käufer über. Da zur Leistung ausser der Übergabe noch Eigentumsübertragung erforderlich ist, liegt hier ein Fall des Gefahrübergangs vor der Leistung vor. Das B.G.B. hat mit § 446 das deutschrechtliche Prinzip aufgenommen und das römisch rechtliche, wonach der Käufer bereits vom Abschluss an die Gefahr trägt, verworfen.

Es sei hier gestattet, eine Bemerkung über die Berechtigung der beiden Prinzipien einzuflechten. Auf den ersten Blick erscheint uns das römisch-rechtliche Prinzip hart und unleidlich. Versetzen wir uns doch viel lieber

[1]) Ihering, a. a. O., S. 432.

[2]) Vg hierzu oben S. 33, Anm. 2.

in die Rolle des Käufers wie in die des Verkäufers, und glauben wir doch meistens, dass wir allein dem Verkäufer einen Gefallen thun, wenn wir ihm seine Waren abnehmen und es darum ganz billig sei, wenn wir als Käufer die Gefahr erst von der Übergabe an tragen. Wir vergessen so meistens, dass uns der Verkäufer einen mindestens ebenso grossen Gefallen thut, wenn er uns die Waren verkauft als wir ihm, wenn wir sie ihm abnehmen. Der eine muss im heutigen Verkehrsleben dem andern helfen, da einer sich nicht alles, was er zum Leben braucht, selbst beschaffen kann. Der Kaufmann beschafft den Kunden die Waren und diese geben ihm dafür ihr Geld zur Anschaffung von neuen Waren. Der Käufer und der Verkäufer haben daher einen Anspruch, bezüglich des Tragens der Gefahr vollständig gleichmässig behandelt zu werden. Einer muss nun aber die Gefahr tragen, und da spricht das Gerechtigkeitsgefühl mehr dafür, dass der Käufer sie trägt. Denn man muss bedenken: der Verkäufer muss bereits vom Abschluss des Kaufs an die verkauften Waren zur Verfügung des Käufers halten.[1]) Er kann mit ihnen nicht mehr spekulieren, er kann sich auch nicht, wenn er bis zur Übergabe noch die Gefahr trägt, Geld dadurch verschaffen, dass er auf diese Waren hin ein Darlehn aufnimmt, da ihm niemand auf Waren, die jederzeit zu Grunde gehen können, ohne dass hierfür in dem zu zahlenden Preis ein Äquivalent entsteht, Geld leihen wird. Der Verkäufer könnte also, wenn er sich vor Verlusten schützen wollte, nur solche Kaufverträge abschliessen, bei denen die Übergabe alsbald dem Abschluss folgt oder womöglich gleichzeitig mit ihm stattfindet. Terminsgeschäfte, wie sie für die Erleichterung des Handels und gesamten Geldverkehrs so wichtig sind, würden von Kaufleuten nur noch ungern abgeschlossen werden.

[1]) Vgl. Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. III, S. 465; Hartmann, Juristischer Casus und seine Prästation bei Obligationen auf Sachleistung, insbesondere beim Kauf, Jena 1884, S. 29 ff.

Trotz dieser angeführten Übelstände hatte das A.L.R. und hat jetzt das B.G.B. den Grundsatz aufgenommen, dass der Verkäufer die Gefahr bis zur Übergabe trägt. Zwei Einrichtungen sind es, welche im heutigen Verkehrsleben jene Übelstände weniger fühlbar hervortreten lassen: der Wechsel und die Versicherung. Der Verkäufer, der ein Terminsgeschäft abschliesst, kann sich gleich beim Abschluss einen am Tage der Lieferung, also dem Tage, an dem der Verkäufer von der Gefahr frei wird, zahlbaren Wechsel ausstellen lassen, diesen Wechsel kann er weiter indossieren und sich hierdurch, auch während er noch die Gefahr trägt, Geld verschaffen. Der Verkäufer kann aber ferner auch seine Waren wenigstens gegen Feuer, Tiere gegen Krankheit u. s. w. versichern und auf derartige versicherte Waren wird er auch Kredit erhalten können. Wo aber diese beiden Institute nicht ausreichen, da wird auch heut der Verkäufer noch schlecht gestellt sein.

Durch diese Ausführungen[1]) dürfte gezeigt sein, dass der sicherlich meist in ungünstigem Licht erscheinende römischrechtliche Satz: »periculum est emptoris« seine volle Berechtigung hat.

Nach dieser Abschweifung kehren wir wieder zu unserm Thema zurück.

Ausser beim Kauf findet sich eine Bestimmung bezüglich des Übergangs der Gefahr vor der Leistung noch beim Werkvertrag und zwar in § 645.

Ist nämlich der vom Besteller gelieferte Stoff mangelhaft gewesen oder hat der Besteller dem Unternehmer bezüglich der Ausführung Anweisungen gegeben und ist infolge der Mangelhaftigkeit des Stoffs bezw. infolge der Anweisungen der Untergang, die Verschlechterung oder

[1]) Siehe hierüber Leonhard, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das deutsche Reich und seine Beurteilung, Marburg 1891, S. 62 ff.; Jörs in Birkmeyers Encyklopädie, S. 133, § 69, Anm. 4 und S. 140, § 80, 2 b α erklärt das Tragen der Gefahr beim Kaufe historisch. Wahrscheinlich haben geschichtliche Ursachen und halb bewusste Zweckmässigkeitserwägungen zusammengewirkt.

Unausführbarkeit des Werkes herbeigeführt worden, so hat der Besteller, wenn kein Verschulden des Unternehmers concurriert, den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung zu zahlen. Er trägt also die Gefahr oder, wie man auch sagen kann, die Gefahr ist mit dem Augenblick des Untergangs, der Verschlechterung oder Unausführbarkeit auf ihn übergegangen und damit hat sich die Gattungschuld auf die bestimmte Sache beschränkt. Ist der Augenblick, wo die Gefahr auf den Besteller übergeht, der Augenblick des Untergangs oder der Unausführbarkeit des Werkes, so kann dem Besteller sein mit dem Übergang der Gefahr erworbenes Recht auf die bestimmte Sache nichts nützen, da diese Sache nicht mehr existiert bezw. nicht zur Entstehung kommen kann. Ist sie nur verschlechtert, so hat der Besteller ein Recht auf die verschlechterte Sache, muss sich aber auch mit dieser begnügen.

Hiermit wären alle Fälle, in denen die Gefahr vor der Leistung kraft gesetzlicher Bestimmung auf den Gläubiger übergeht, erschöpft und so auch die Erörterungen über diese Art der Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache beendet. Es sollen nun noch zum Schluss einige Worte darüber folgen, warum die Frage, wann bei der Gattungsschuld die Beschränkung auf eine bestimmte Sache eintritt, so wichtig ist.

§ 8.
Schluss.

Worin liegt die Wichtigkeit der Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache?

Sowohl die Lage des Schuldners wie die des Gläubigers ist nach der Beschränkung eine andere wie vorher. Der Schuldner trägt vor der Beschränkung noch die Gefahr der ganzen Gattung, d. h. er hat noch so lange zu leisten,

als die Leistung aus der Gattung möglich ist,[1]) wogegen er allerdings auch noch das Recht hat, jede beliebige Sache, wenn sie nur der betreffenden Art und Güte angehört, zu leisten und selbst eine bereits zur Lieferung bestimmte Sache zurückzunehmen und durch eine andere zu ersetzen.

Nach der Beschränkung wird er, wenn die Leistung der bestimmten Sache, auf die sich die Gattungsschuld beschränkt hat, ohne sein Verschulden unmöglich wird, bei einseitigen Schuldverhältnissen frei,[2]) bei zweiseitigen wird er auch frei, verliert aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung.[3]) Nur wenn die Beschränkung dadurch eingetreten ist, dass er das seinerseits Erforderliche gethan hat, behält er den Anspruch auf die Gegenleistung, da hier mit der Beschränkung zugleich die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen ist. Der Gläubiger hat vor der Beschränkung nur ein Recht auf irgend eine Sache der verabredeten bezw. mittleren Art und Güte, nach der Beschränkung hat er ein Recht auf eine bestimmte Sache, dafür trägt er aber auch wenigstens bei einseitigen Schuldverhältnissen die Gefahr dieser Sache.

[1]) § 279.
[2]) § 275.
[3]) § 323.

Lebenslauf.

Am 13. Juli 1878 zu Breslau als Sohn des praktischen Arztes Dr. med. Paul Veith geboren, katholischer Religion, empfing ich den ersten Unterricht im elterlichen Hause. Später besuchte ich die höhere Knabenschule des Herrn Dr. Mittelhaus und das Kgl. Matthiasgymnasium zu Breslau. Nachdem ich hier Ostern 1897 die Reifeprüfung bestanden hatte, wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu. Ich studierte die ersten vier und das sechste Semester in Breslau, das fünfte in Bonn und hörte während dieser Zeit Vorlesungen der Herren Geh. Justizräte Professoren Dr. Dahn, Brie, Leonhard, Fischer, der Herren Professoren Dr. Jörs, Beling, Seuffert, Heymann und der Herren Privatdozenten Dr. Schott und Freudenthal. Es sei mir gestattet, allen diesen Herren für ihre vielen Bemühungen und ihre grosse Liebenswürdigkeit, mit der sie mich in der Rechtswissenschaft unterwiesen haben, meinen tiefempfundenen Dank auszusprechen. Insbesondere erlaube ich mir Herrn Geheimrat Leonhard für das grosse Interesse, mit dem er meinen Studiengang stets verfolgt hat, ganz besonders herzlich zu danken.

Den Abschluss meiner Universitätsstudien erreichte ich am 18. Oktober 1900, an dem ich beim Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die Referendariatsprüfung mit dem Prädikat »gut« bestand. Seit dem 27. Oktober 1900 bin ich beim Kgl. Amtsgericht zu Canth als Referendar beschäftigt.

Thesen.

1. Eine von einem Elternteil auf den Namen eines Kindes schenkungsweise gemachte Einzahlung in eine Sparkasse ist bis zur wirtschaftlichen Selbständigkeit des Kindes als Schenkung von Todeswegen zu betrachten.
2. Die nach § 1116 B.G.B. zur Ausschliessung der Erteilung eines Hypothekenbriefs erforderliche Einigung des Gläubigers und des Eigentümers braucht dem Grundbuchrichter nicht in notariell beglaubigter Form nachgewiesen zu werden.
3. Ein persönliches oder dingliches Recht, z. B. eine Wegedienstbarkeit, kann gegenüber einer Klage wegen Besitzstörung nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn nicht der Fall des § 864 Abs. 2 B.G.B. vorliegt.
4. Dem Gedinge fehlt die Vererblichkeit, weil aus ihm nur ein suspensiv bedingtes dingliches Recht entspringt.
5. Eine Klage auf Ehescheidung wegen böslicher Verlassung kann nach evangelischem Kirchenrecht nicht auf Grund der Einrede des Ehebruchs abgewiesen werden.